Digitized by Google

Digitized by Google

Grundwiſſenſchaft des Rechts

und insbeſondere des

Strafrechts.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Alle bisherigen Bearbeitungen des Sächsischen Criminalgesetzbuchs vom 30. März 1838. von Groß, Günther und von Hartitzsch, mit alleiniger Ausnahme der „Studien" Krugs und der „Beiträge" Schülers, sind größtentheils bloße Auszüge aus den Landtagsacten zu einzelnen Artikeln.[1])

Deßhalb entschloß ich mich, ermuthigt besonders durch die reiche Unterstützung der Vorarbeiten unsrer großen Criminalisten, eines Abegg, Martin, Wächter, ꝛc., vor allen Mittermaiers und insbesondere der unerschöpflichen Zusätze und Anmerkungen desselben zu Feuerbachs Lehrbuche, zu einer möglichst vollständigen, wissenschaftlichen, besonders hermeneutischen Bearbeitung des Sächsischen C. G. B. oder Strafrechts, zwar nicht in der Form eines bloßen ausführlichen Commentars, aber auch nicht in der streng systematischen Ordnung eines Lehrbuchs, (§. 1—6.), sondern nach der Legal-Ordnung in Form eines Handbuchs, oder — wenn man will — einzelner, die ganze Strafrechts-Wissenschaft umfassender Abhandlungen. (§. 6—7.)

Dennoch schien es nicht rathsam, die Grundwissenschaft des Strafrechts, so wie die Theorie des allgemeinen

1) Mittermaier, im Arch. d. Crim. R. Neue Folge 1839. XVI. S. 338.

Digitized by Google

Thatbestandes nach der Legal-Ordnung des C. G. B. demselben an einem — übrigens fehlenden — passenden Orte blos einzuschalten und dadurch jene zu unterbrechen, vielmehr zweckmäßig, in besondern Heften, als besondere Theile, voranzuschicken. Dieß besonders auch deßhalb, weil sie der allgemeinen Wissenschaft aller positiven Strafrechte, (nicht der eines besondern, particulären, z. B. des Sächsischen), mehr oder weniger angehören.

Die vorliegende „Grundwissenschaft des Strafrechts" enthält nicht blos die Darstellung einer eignen und aller bisherigen Strafrechtstheorien mit einer Kritik der letztern, sondern bereits viele, das positive Strafrecht betreffende, daher dessen Darstellung abkürzende Erörterungen, z. B. in §. 33—34., §. 49—72., insbesondere §. 66., ferner §. 80. 84. 86. 95. a. §. 155. 160. 166. ff. 172. ff. 178. 196. ff. 199—208. insbesondere aber eine ausführliche Prüfung der Streitfrage über die Zulässigkeit der Todesstrafe. Diese, so wie die Darstellung einer eignen, wenn auch auf noch so schwachen Füßen stehenden Strafrechtstheorie mit aufzunehmen und hierdurch zu einer wiederholten Prüfung und Lösung der verantwortlichsten Aufgaben der Menschheit einen jeden Leser, Docenten und Zuhörer auch bei den gewöhnlichen Vorträgen über Strafrecht zu veranlassen, hierzu drängte mich mein Gewissen, welches ängstlich nach Beruhigung und Ueberzeugung durch wissenschaftliche Belehrung oder Widerlegung durch Andre über jene hochwichtigen Fragen strebt.

Die Litteratur habe ich in der Regel benutzt und dann gewissenhaft angegeben; sonst aber nicht. Dieß theils deßhalb, weil sie in fast allen andern Lehrbüchern

Digitized by Google

über Strafrecht angegeben ist, die wiederholte Angabe derselben daher nur vielen Raum unnöthig wegnimmt, theils, weil wir besondere, auch neuere Handbücher der Litteratur des Strafrechts bereits haben und noch erhalten.

Ausführliche Verzeichnisse des Inhalts, systematische sowohl als alphabetische, so wie der erklärten Artikel des S. C. G. B. sollen den Schluß des ganzen Handbuchs bilden.

Möge diesem Handbuche und insbesondere dieser Grundwissenschaft des Strafrechts eine nachsichtige Beurtheilung der vielen Mängel, auch der Anordnung und der Sprache, besonders aber auch der Freimüthigkeit und Consequenz zu Theil werden, mit der ich Grundsätze zu bisweilen andern Resultaten durchgeführt habe, als die bis jetzt herrschenden Ansichten sind.

In der Universität Leipzig, am 1. Mai 1841.

Schaffrath.

Digitized by Google

Allgemeine Uebersicht.

Erstes Heft.

Grundwissenschaft des Rechts und insbesondere des Strafrechts.

Zweites Heft.

Theorie des allgemeinen Thatbestandes, insbesondere des subjectiven, der Zurechnungsfähigkeit, des rechtswidrigen Vorsatzes und der Fahrlässigkeit.

Drittes Heft.

Praktisches Handbuch des Sächsischen Strafrechts nach der Legal-Ordnung des S. C. G. B.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Methodik der Strafrechtswissenschaft.

§. 1.

Methodik einer Wissenschaft überhaupt.

Um eine Wissenschaft sicher zu begründen und möglichst gründlich darzustellen, muß man hierbei möglichst wenig Begriffe und Sätze postuliren, oder als bereits begründet und erwiesen voraussetzen und vielmehr alle Begriffe und Sätze einer Wissenschaft in und aus ihr selbst und einen aus den andern entwickeln und begründen. Nur aus einer solchen Darstellung entsteht eine Wissenschaft, d. h. ein systematisches und zusammenhängendes Ganze, in welchem alle einzelnen Theile sich wie Grund und Folge zu einander und zur ganzen Wissenschaft selbst verhalten und auch durch die Darstellung ankündigen. Auch die Anordnung und Aufeinanderfolge der einzelnen Theile einer Wissenschaft darf daher nicht willkührlich, grundlos oder unzusammenhängend sein und erscheinen. Vielmehr muß auch die Darstellung eines jeden einzelnen Theils einer Wissenschaft stets zugleich mit den Grund — wenn auch nur angedeutet — enthalten, warum er und warum gerade er dem folgenden vorangeht und dem vorangehenden nachfolgt. In der Darstellung einer ganzen Wissenschaft dürfen daher die einzelnen Theile, (Abtheilungen, Capitel, Hauptstücke u. s. w.) nicht als abgeschlossene, selbstständige Ganze, als eben so viele Monographieen erscheinen, sondern als eng und streng zusammenhängende, sich gegenseitig bedingende und begründende Theile eines Ganzen.

§. 2.

Methodik der Strafrechtswissenschaft. [1])

Deßhalb wird man auch die Strafrechtswissenschaft am sichersten begründen und am gründlichsten darstellen, wenn man aus ihr

1) Martin, Lb. d. T. g. Crim. R. 2. Ausg. 1829. §. 19. S. 41. Wächter, Lb. d. Röm. Teutsch. Straf-R. 1825. I. §. 22. a. not. 63. S. 36. Schröter, Hdb. d. peinl. R. I. S. 36. 41. ff. Nettelbladt, in s. kl. jur. Abh. u. in Plitts Repert. II. S. 231—287.

Digitized by Google

selbst, d. h. aus den Begriffen einer Wissenschaft und des Rechts oder noch besser aus dem der Wissenschaft allein das Recht und aus diesem erst den Begriff und Grund der Strafe sowohl als des Strafrechts findet und begründet. Denn auch die Strafrechtswissenschaft ist eine Wissenschaft und ein Theil der ganzen Rechtswissenschaft. Als solchen muß auch sie, die Strafrechtswissenschaft, durch die Darstellung, auch formell sich ankündigen, wie ein jeder anderer Theil der Rechtswissenschaft, so, daß alle Theile derselben, wenn auch einzeln und als einzelne selbstständige Wissenschaften dargestellt, dennoch als Folgen desselben gemeinschaftlichen Grundes, als Kinder derselben gemeinschaftlichen Mutter, als materiell und formell verwandt und verbunden, nicht nur ihrem Wesen nach, sondern auch durch ihre äußere Gestalt und Form sich darstellen, ohne die geringste materielle oder formelle Abänderung sofort zu einem auch systematischen Ganzen verbunden werden können und in ihrer Gesammtheit die ganze Rechtswissenschaft ausmachen.

§. 3.

Allgemeine Grundwissenschaft.

Ganz dasselbe (§. 2.) gilt in einem höhern Grade von der Wissenschaft überhaupt und im allgemeinen. Aus ihr nämlich, als gemeinschaftlichem und allgemeinem Grunde oder Ganzen, müssen alle andern (wenigstens rationellen, wenn auch nicht empirischen) Wissenschaften als Folgen und Theile abgeleitet, begründet und dargestellt werden, so, daß sie alle zusammen die allgemeine Wissenschaft ausmachen und so, daß diese die gemeinschaftliche und allgemeine Grundwissenschaft aller andern einzelnen Wissenschaften und von diesen wieder eine jede die allgemeine und gemeinschaftliche Grundwissenschaft aller ihrer einzelnen Theile ist.

Die Darstellung der Ableitung der Rechtswissenschaft aus dem Begriffe der Wissenschaft ist für alle andern Wissenschaften auf gleiche Weise gültig, und eben so wieder die Darstellung der Ableitung der Strafrechtswissenschaft aus der Rechtswissenschaft für alle andren Theile dieser letztern.

§. 4.

Grundwissenschaft der Strafrechtswissenschaft.

Diese Darstellungen (§. 3. a. E.) gehören daher nicht gerade wesentlich in die Strafrechtswissenschaft als blos einen einzigen Theil der Rechtswissenschaft. Allein da es an einer solchen allgemeinen Grundwissenschaft der Rechtswissenschaft bis jetzt noch fehlt, eine

Digitized by Google

Verweisung auf dieselbe und eine Anknüpfung der Strafrechtswissenschaft an jene nicht möglich ist, so mag eine möglichst kurze Darstellung der Ableitung der Rechtswissenschaft aus dem Begriffe der Wissenschaft und der Strafrechtswissenschaft aus jener nicht unzweckmäßig, ja, grade für die Strafrechtswissenschaft nicht nur formell zur Begründung derselben, sondern auch und hauptsächlich materiell brauchbar und nothwendig sein, besonders die psychologische Lehre von dem theoretischen und praktischen Vermögen. Daher ist hier einzig und allein der, in der allgemeinen Grundwissenschaft aller Wissenschaften, in der Philosophie, zu findende Begriff der Wissenschaft zu postuliren. — Eine solche Grundwissenschaft des Strafrechts ist aber ihrem Inhalte, Umfange und Zwecke nach noch verschieden von dem sog. allgemeinen Theile der Strafrechtswissenschaft und der heutigen Strafgesetzbücher. (s. unten.)

§. 5.

Methodik eines Handbuchs der Strafrechtswissenschaft.

Diese strenge Methodik, Logik und Systematik einer Wissenschaft stimmt auch mit den Anfoderungen an ein Handbuch, z. B. der Strafrechtswissenschaft, nicht nur überein, sondern fördert zugleich die Erlernung und das Verständniß einer Wissenschaft. Dieß ist an und für sich schon (a priori) nothwendig und natürlich. Denn die Logik ist ja nichts anderes als die Darstellung der natürlichen uud ursprünglichen Denkgesetze des menschlichen Geistes. Diesem und auch nach dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit für den Lehrvortrag, also auch sogar für Anfänger und Laien einer Wissenschaft, wie für das Volk, kann daher nichts förderlicher, praktischer und erleichternder sein als die strenge Befolgung der eignen, natürlichen Denkgesetze aller Menschen bei der Darstellung einer Wissenschaft, ja, auch bei Abfassung eines Gesetzes oder Gesetzbuchs.[1]) Dieß zur Entgegnung auf die ziemlich allgemeine Ansicht, als sei strenge Logik und Systematik bis-

1) Dennoch rechtfertigen Gesetzgeber unlogische Anordnungen von Gesetzbüchern oft damit: „bei diesen müsse man nicht sowohl die strenge Logik, als vielmehr das praktische Bedürfniß des Volks berücksichtigen und daher eine jede Materie dahin, wo sie das Volk zu suchen pflege und Das zusammenstellen, was in der Wirklichkeit (was heißt das?) und nach der Volksansicht in naher Verbindung stehe.“ Motiven z. S. C. G. B. S. 94. 95. (Landt. Act. I., 1.) u. Dep. Ber. d. I. K. (L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 6. Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 201. f. S. 555. 559. ff. 561. f.) u. s. w.“ — Als wenn das Volk nicht auch gesunden, natürlichen Menschenverstand und natürliche Logik hätte und als wenn die Logik unpraktisch, die wissenschaftliche Logik eine andere wäre, als die natürliche, auch dem Volke gemeine und angeborne.

Digitized by Google

weilen unvereinbar mit der Zweckmäßigkeit für den Lehrvortrag und als sodere der letztere bisweilen eine Abweichung von der erstern. Dieß dürfte eben so unbegründet sein, als die eben so allgemeine Meinung, daß die (richtige) Theorie der Praxis und die (richtige) Praxis der Theorie bisweilen widerspreche. Denn bei der in §. 1. u. 2. angedeuteten Methodik wird aus dem bereits anderswoher (z. B. aus der Philosophie) Bekannten und aus dem Leichten nach und nach das Unbekannte (z. B. der Begriff des Rechts, des Strafrechts u. s. w.) und das Schwierige, ohne Sprung gefunden und nicht sofort mit der Erklärung von Begriffen und Sätzen begonnen, von denen man nicht weiß, wo sie hergekommen sind, wie man so urplötzlich zu ihnen gelangt ist und die ihrem Ursprunge und Grunde nach noch ganz unbekannt sind. Vielmehr wird bei jener Methodik durch die vorhergehenden Erörterungen auf die folgenden vorbereitet und das Verständniß dieser erleichtert. Zwar soll nach z. B. Wächters[2]), Abeggs[3]) u. A. Ansicht eine solche Erklärung blos eine vorläufige sein, um nur kurz den Gegenstand des Werks und das Ziel der Darstellung dem Leser oder Zuhörer anzugeben. Allein dieß, die bloße Angabe, ohne die Einprägung und das Verständniß, wird schon mit dem Titel oder Namen des Buchs oder der Vorlesung erreicht, das Verständniß aber durch jene kurze Angabe bei dem, mit dem Strafrechte noch ganz unbekanten Anfänger und Laien nicht. Für den mit dem Strafrechte bereits Bekannten aber ist jene vorläufige Angabe überflüssig.

§. 6.

Methodik der Wissenschaft eines positiven Strafrechts.

Diese Grundsätze der systematischen Anordnung einer Wissenschaft sind jedoch vorzüglich nur bei philosophischen oder rein vernünftigen Wissenschaften, mehr oder minder aber auf historische und positive oder auf Wissenschaften eines gegebenen Stoffes anwendbar. Bei diesen ist nicht nur der Stoff, wie gesagt, bereits gegeben, sondern auch oft schon die Form desselben. Hier wird man also die wissenschaftliche und systematische Form dem gegebenen Stoffe und der gegebenen Form anpassen müssen, nicht aber umgekehrt das Gegebene jener. Die Wissenschaft eines positiven Strafrechts nun ist auch eine historische oder positive. Man kann dieselbe theils kritisch-

2) In der Vorrede zu seinem Lb. des Röm.-Teutschen Straf. R. I. 1825. S. XIV. not. d.

3) Lb. d. Straf-R. W. 1836. §. 1. S. 2. §. 2. S. 3.

exegetiſch, theils dogmatiſch, theils hiſtoriſch, theils philoſophiſch-politiſch[1]) betrachten. Die beſte[1]) Behandlungsart eines poſitiven Strafrechts iſt die vereinte, aus jenen vier Behandlungsarten gemiſchte, ſo jedoch, daß der dogmatiſche Geſichtspunkt vor allen andern vorwaltet. Dieſer Methode folgen die meiſten Lehrbücher des gemeinen teutſchen Strafrechts. Folgt man aber dieſer vereinten, vorzugweiſe dogmatiſchen Methode, ſo muß man 1) das einzelne poſitive, z. B. ſächſiſche, Strafrecht von dem rein philoſophiſchen und andern poſitiven Strafrechten, inwiefern jenes und dieſe abweichend ſind, ſo wie von der Geſchichte und dem Philoſophiſch-Politiſchen des Strafrechts bei der Darſtellung augenſcheinlich trennen, und entweder 2) eine ſelbſtgewählte, ſtreng ſyſtematiſche Ordnung befolgen, ſo, daß alle einzelnen Theile, Abſchnitte, Capitel und Paragraphen materiell und formell zuſammenhängen und wie Grund und Folge untereinander ſich verhalten, wie z. B. in dem Martin'ſchen und Bauer'ſchen Lehrbuche des gemeinen Strafrechts, 3) oder die Legal-Ordnung der Strafgeſetze oder eines Strafgeſetzbuchs, z. B. des ſächſiſchen, befolgen.

§. 7.

Unterſchied zwiſchen einem Handbuche und Commentare zu einem Geſetzbuche.

Wenn es bei der Darſtellung poſitiver Wiſſenſchaften ſtets zweckmäßig iſt, den gegebenen Stoff und die gegebene Ordnung und Form möglichſt treu wiederzugeben und letztere möglichſt ſtreng zu befolgen, ſo iſt dieß doppelt zweckmäßig bei der wiſſenſchaftlichen Darſtellung ſolcher ganzen Theile des Rechts, über welche als Ganze ein ganzes Geſetzbuch exiſtirt und zwar ein Geſetzbuch mit ebenfalls, wenn auch nicht ſtreng, ſyſtematiſcher und logiſcher Ordnung. Dieß iſt nun bei dem poſitiven Strafrechte und den einzelnen Particularſtrafgeſetzbüchern der Fall, deren Legal-Ordnung daher auch bei einem wiſſenſchaftlichen Handbuche des Strafrechts noch aus andern, vorzüglich praktiſchen Gründen, beibehalten werden mag. Dennoch unterſcheidet ſich ein ſolches, zumal zugleich kritiſch-exegetiſches, dogmatiſches, hiſtoriſches und philoſophiſch-politiſches Handbuch nach der Legal-Ordnung von einem Commentare zu einem Geſetzbuche, nach ſeinem Umfange, Inhalte, Zwecke und Style. Ein Commentar iſt nur kritiſch-exegetiſch. Ein Handbuch aber

1) Schilling, Lb. f. Inſtitut. u. Geſch. d. Röm. Priv. R. Einl. 1834. §. 21. S. 38. ff. — Abegg, Lb. d. Straf-R. W. 1836. §. 1. S. 2. §. 2. S. 4. §. 31. S. 49. f. Syſt. d. C. R. W. 1826. §. 1. not. 1. 2.

Digitized by Google

macht aus dem Gesetzbuche eine vollständige, zusammenhängende Wissenschaft; es ergänzt alle in diesem in der Regel fehlenden Erklärungen und Eintheilungen wissenschaftlicher and gesetzlicher Kunstausdrücke, so wie das Nöthige aus andern verwandten Wissenschaften. Kurz, ein Gesetzbuch ist für das praktische Bestrebungs- und Handlungsvermögen der Staatsbürger; ein Handbuch für das theoretische oder das Erkenntnißvermögen der, die Gesetze Studirenden so wie der, nach ihnen erkennenden und urtheilenden Richter und Sachwalter, und daher auch nach einem vollständigen Gesetzbuche ein wissenschaftliches Bedürfniß.

Zweiter Abschnitt.

Grundwissenschaft des Rechts
oder
Ableitung des Strafrechts aus dem Begriffe der Wissenschaft und des Menschen.

§. 8.

Erklärung von Wissenschaft.

Eine Wissenschaft ist ein Begriff oder System gleichartiger und zusammenhängender Erkenntnisse in Bezug auf einen gewissen Gegenstand.

§. 9.

Subject und Object der Wissenschaft.

Eine jede Wissenschaft setzt ein Etwas, das erkannt werden soll, einen Gegenstand oder ein Object, z. B. die Rechtswissenschaft die Strafe und das Strafrecht —, und ein Etwas, das erkennen soll, ein Subject, d. h. den menschlichen Geist oder überhaupt den Menschen voraus.

§. 10.

Das Wesen des Menschen. [1])

Wiewohl der Mensch an sich selbst ein Inneres (Geist, Intelligenz, Seele) und ein Aeußeres (Körper, Leib) unterscheidet,

1) Krug's Fundamentalphilosophie, 2. Aufl., 1819. §. 69. S. 128. bis §. 82. S. 196.

Digitized by Google

so abstrahiren wir doch hier von diesem blos empirischen Unterschiede und reflectiren nur auf das absolute, reine, (nicht empirische) Ich, also auf die ursprünglichen oder Urbestimmungen (a priori), welche die Möglichkeit, gewisse Bestimmungen in der Zeitreihe hervorzubringen, schon vor diesen enthalten und daher diesen entstandenen, abgeleiteten oder empirischen Bestimmungen (a posteriori), als Bedingungen und Gründe der Möglichkeit der letztern, vorangehen, z. B. das Denkvermögen, die Urtheilskraft, der Wille einem einzelnen bestimmten concreten Gedanken, Urtheile, Willensacte.

§. 11.

Zerfällung der Urbestimmungen des Menschen.

Bei einer jeden Urbestimmung des Menschen kann man unterscheiden: 1) die Möglichkeit, den innern Grund oder Quell der geistigen Thätigkeit. Sie heißt theils Vermögen oder Fähigkeit und drückt dann vorzugsweise und mehr[1]) Empfänglichkeit, Receptivität, Leidentlichkeit, das Passive oder Negative aus; theils Kraft und bezeichnet dann mehr Thätlichkeit, Activität, Spontaneität, das Positive; 2) die Regel, das Gesetz der Handlungsweise und 3) den Umfang und Wirkungskreis, die Schranke oder Grenze einer jeden Thätigkeit. (§. 46.)

§. 12.

Bestimmung des Menschen.

Die Ausbildung und Vervollkommung, mithin vor allem die Bewahrung und die Integrität dieser gesammten menschlichen Fähigkeiten (Vermögen, Kräfte oder Anlagen) ist die Bestimmung der ganzen Menschheit wie aller einzelnen Menschen, der höchste und letzte End- oder Urzweck des menschlichen Daseins und aller menschlichen Thätigkeit und macht die Menschheit und den Menschen selbst oder die Urform und das Wesen der Menschheit aus. Alle menschlichen Einrichtungen und Handlungen sind daher nur Mittel zur Erreichung jener Bestimmung des Menschen, als höchsten und letzten Endzweck's. Da jedoch über diesen oder vielmehr nur über dessen Ausdruck und Form noch viel Streit ist, so kann man auch hier ganz davon absehen, indem der unbestrittene Satz genügt, daß die Bewahrung und die Integrität, die Ausbildung und Vervollkommung der menschlichen, körperlichen und geistigen Anlagen die Grundbedingung der Erreichung des höchsten und letzten End-

1) Denn jedes Vermögen (Fähigkeit, Kraft u. s. w.) so wie jede Thätigkeit muß schon ihrem Begriffe nach (wenigstens mit) positiv oder activ sein.

Digitized by Google

zwecks, der Bestimmung der Menschheit, ist, sei jener oder diese nun eben jene Integrität und Vervollkommung der menschlichen Anlagen selbst oder etwas Andres, z. B. Glückseligkeit und Vollkommenheit. Mit jener Grundbedingung wird also auch stets die Möglichkeit der Erreichung der Bestimmung der Menschheit und aller einzelnen Menschen, ja, die Menschheit selbst aufgehoben, verletzt und zerstört.

§. 13.

Theoretisches und praktisches Vermögen.

Man kann durch Abstraction und Reflexion, aber nie in der Wirklichkeit, zwei an sich stets eng verbundene, stets zugleich sich äußernde Arten oder Richtungen der geistigen Thätigkeit unterscheiden, nämlich theils ein theoretisches (immanentes, ideales, inneres) oder ein Vorstellungs- und Erkenntnißvermögen, theils ein praktisches (transeuntes, reales, äußeres) oder Bestrebungs- und Handlungsvermögen. Jenes besteht im Vorstellen und Erkennen oder in der Bestimmung des Subjectiven durch das Objective; dieses im Streben nach Etwas und im Handeln oder in der Bestimmung des Objectiven durch das Subjective.

§. 14.

Das Gefühlsvermögen.

Das Gefühlsvermögen ist kein besonderes, sondern gehört theils zum praktischen Vermögen, theils zum theoretischen. Das Gefühl ist nämlich einer theoretischen oder praktischen Thätigkeit entweder vorhergehend oder nachfolgend und daher eine noch dunkle oder bereits wieder verdunkelte, entweder Vorstellung (Erkenntniß) oder Bestrebung, z. B. in dem Kinde —, in dem Greise. Zu diesen dunkeln Gefühlen gehören auch Affecte, Leidenschaften u. s. w., bei denen der Handelnde des Zweckes und der Regel seiner Handlung mehr oder minder unbewußt ist.

§. 15.

Grade des theoretischen und praktischen Vermögens.

Sowohl das theoretische als praktische Vermögen des Menschen zerfällt in drei sich gegenseitig entsprechende Grade (oder Potenzen), in die Sinnlichkeit oder Sensualität, in die Intellectualität, (Verstand und Willen) und in die Vernunft oder Rationalität.

Digitized by Google

§. 16.

Verhältniß der Sinnlichkeit zur Intellectualität und Nationalität.

Die Sinnlichkeit, die theoretiſche ſowohl als die praktiſche, iſt ein, aus Geiſt und Körper gemiſchtes (§. 85. 55. 29.) oder ein körperlich-geiſtiges Vermögen, mit körperlichen und geiſtigen Kräften (Organen) thätig, mit dem Körper und der (theoretiſchen und praktiſchen) Intellectualität und Vernunft, unmittelbar zuſammenhängend und verbunden, daher ſowohl rein geiſtigen als rein körperlichen und äußern, unmittelbaren Eindrücken des eignen Geiſtes und eignen Körpers unmittelbar zugänglich, erreichbar und für ſie empfänglich und daher ebenſowohl vom eignen Körper als vom eignen Geiſte unmittelbar abhängig. Die Sinnlichkeit bildet oder vermittelt den Uebergang und die Wechſelwirkung zwiſchen dem Körper und Geiſte und durch erſteren, den Körper, zwiſchen dem Objectiven, der äußern Sinnenwelt, und dem Geiſte, dem Subjectiven, dem Innern, oder der theoretiſchen und praktiſchen Intellectualität und Vernunft. Die letztern beiden Vermögen nämlich, z. B. der Verſtand und der Wille, wie die Vernunft, ſind rein geiſtige, blos innere Vermögen, mit dem Körper und der Außenwelt blos mittelbar — durch die Sinnlichkeit — verbunden, daher unmittelbaren äußern Eindrücken der äußern Sinnenwelt, der Objecte und andrer Menſchen entrückt und unerreichbar.

§. 17.

Das theoretiſche Vermögen.

Die Function der theoretiſchen Sinnlichkeit iſt das Wahrnehmen oder unmittelbare Vorſtellen gegebener Gegenſtände in der Erfahrung, d. h. theils das Anſchauen, theils das Empfinden. Da nun jene Wahrnehmungen ſich ſowohl auf etwas Aeußeres als Inneres beziehen können, ſo iſt der theoretiſche Sinn auch wieder theils ein äußerer, (Geſicht, Gehör, Gefühl, Geruch, Geſchmack) theils ein innerer (Gedächtniß, Einbildungskraft, Erinnerungskraft). — Zu der theoretiſchen Intellectualität oder zu dem Verſtande gehört das Begriffs- Urtheils- Schlußvermögen, Witz, Scharf- und Tiefſinn. — Die theoretiſche Vernunft endlich ſtellt in Bezug auf das Vorſtellen und Erkennen Ideen und Grundſätze auf, nach welchen das Abſolute in der Erkenntniß oder durchgängige Uebereinſtimmung in den menſchlichen Vorſtellungen und Erkenntniſſen, Wahrheit, geſucht wird.

Digitized by Google

§. 18.

Grade der Ueberzeugung. [1])

Für das praktische, insbesondre aber rechtliche Handeln und für die Rechtswissenschaft überhaupt ist die Unterscheidung der Grade der Ueberzeugung nöthig. Diese ist, wie die Erkenntniß, nur ein Product des theoretischen Vermögens (§. 17.) und hat verschiedene Grade oder Potenzen. Der allgemeine Ausdruck für alle ist das Fürwahrhalten. Ueberzeugung nämlich ist überhaupt ein beharrliches Bewußtsein von der Gültigkeit eines Urtheils. Das Bewußtsein nun oder die Ueberzeugung ist entweder vollständig (gewiß) oder unvollständig (ungewiß), je nachdem die Gründe des Fürwahrhaltens zureichend oder unzureichend sind. Jene, die zureichenden Gründe, sind entweder objective, d. h. durch den Gegenstand selbst nach seiner gesetzmäßigen Vorstellbarkeit und Erkennbarkeit bestimmte, (z. B. sinnliche Wahrnehmungen, Gesetze der Erkenntniß) oder subjective, d. h. außerhalb des Gegenstandes und der Erkenntnißgesetze liegende, (z. B. Neigungen, Bedürfnisse, Zeugnisse). Das Fürwahrhalten aus objectiven Gründen heißt Wissen, aus subjectiven Glauben und die entsprechenden Ueberzeugungsgrade Einsicht und Glaube oder Zuversicht. Die unzureichenden Gründe des Fürwahrhaltens aber sind entweder wirkliche, d. h. an und für sich betrachtet gültige Gründe, die aber nicht eine vollständige und gewisse Ueberzeugung hervorzubringen vermögen, (z. B. eine unsichere Nachricht,) oder eingebildete, d. h. an und für sich betrachtet ungültige, die sich aber durch einen Schein als wirkliche aufdringen (z. B. ein Traum). Das Fürwahrhalten aus unzureichenden, aber wirklichen Gründen heißt Meinen, aus unzureichenden und eingebildeten Wähnen und die entsprechenden Ueberzeugungsgrade Wahrscheinlichkeit und Wahn (oder Ueberredung).

§. 19.

Das Wissen.

Die Gründe des Wissens sind allgemeingültige und daher stets subjectiv zureichende, wenn es nicht in einzelnen Subjecten zufällige Hindernisse des Beifalls gäbe, (z. B. Mangel an Fassungskraft,

1) Krug's Fundamentalphilos. 2. Aufl. 1819. §. 92. S. 227. bis §. 114. S. 265. Volkmann, Lb. des i. K. S. g. Crim. R. 1832. II. §. 295 ff. S. 77. ff. Weber, Arch. d. Crim. R. VIII. S. 557. — Auch Mittermaier zu Feuerbach, 13. Aufl. 1840. §. 162b. not. 1. S. 177. unterscheidet Grade des Bewußtseins; eben so Bauer, Lb. d. Str. R. 2. Aufl. 1833. §. 93. S. 138. f.

Digitized by Google

böse Gesinnung). Das Wissen ist entweder empirisch, wenn und wiefern es aus sinnlicher Wahrnehmung entspringt, mithin von der Erfahrung unmittelbar abhängt, (z. B das Wissen eines Zeugen im Processe), oder rational, wenn und wiefern es durch die Selbstthätigkeit der Intelligenz erzeugt, mithin unmittelbar von der Vernunft abhängt, (z. B. das Wissen eines Sachverständigen, eines Richters im Processe, wiewohl auch letzteres bisweilen empirisch ist, z. B. das durch Beaugenscheinigung erlangte). Was man sinnlich (als Zeuge) wahrnimmt, ist objectiv gewiß, so wie dasjenige, was man (z. B. als Sachverständiger) nach oder aus allgemeinen oder nothwendigen Grundsätzen erkennt. Jene Gewißheit kann man die monstrative oder diktische, diese die demonstrative oder apodiktische nennen. Das rationale Wissen ist mathematisch, wenn und wiefern es aus einer intuitiven, oder philosophisch, wenn und wiefern es aus einer discursiven Construction der Begriffe entspringt. Intuitiv ist diese, wenn sie mittelst der Einbildungskraft, discursiv, wenn sie mittelst der bloßen Denkkraft geschieht. Erstere — die Mathematik, bezieht sich auf das, was in Zeit oder Raum oder in beiden zugleich a priori durch ein sinnliches Bild darstellbar ist, (z. B. Zahl, Figur). In der Rechtswissenschaft ist das Wissen nie rein rational, sondern stets entweder zugleich mit oder blos empirisch, wenn es überhaupt Wissen ist und nicht vielmehr, z. B. im bürgerlichen und Strafprocesse, stets bloßer Glaube.

§. 20.

Das Glauben.

Das Glauben also ist ein Fürwahrhalten ohne wirkliche Erkenntniß von dem Gegenstande und die Zuversicht eine blos subjective Gewißheit (ungeachtet des Mangels an Einsicht), z. B. die des Richters im bürgerlichen und Strafprocesse. Der Glaube ist nun allgemein gültig, wenn die subjectiven Gründe der Ueberzeugung für alle überzeugungsfähige Subjecte zureichen, z. B. die Aussagen zweier classischer, vereideter Zeugen. Die Gründe des Glaubens liegen entweder in dem Subjecte selbst und allein, welches glaubt und also durch sich selbst überzeugt wird, (Selbst- oder Eigenglaube) oder zugleich in einem fremden Subjecte, dem und dessen Zeugnisse man glaubt und durch das man überzeugt wird, (historischer Glaube). Der Selbst- oder Eigenglaube ist entweder ein Privat- (Individual-, Particular-, Familien-, Ge-

Digitized by Google

schlechts-, Standes-, Zunft-, National-) Glaube, wenn er auf gewissen empirischen, mithin besondern, zufälligen und eigenthümlichen, oder ein Gemeinglaube, wenn er auf ursprünglichen, mithin allgemeinen und nothwendigen Bestimmungen und Modificationen der menschlichen Natur des Ueberzeugten beruht. Dieser ist allgemein gültig, jener nicht. Dieser hat auch volle, obwohl nur subjective, Gewißheit. Er ist ein Vernunftglaube (§. 13. 17.), daher theils ein theoretischer, theils ein praktischer. Der historische Glaube ist entweder material oder formal. Jener bezieht sich auf wirkliche Thatsachen, d. h. sinnlich wahrnehmbare Dinge, wovon jemand, z. B. ein Zeuge im Processe, Bericht erstattet — ein Zeugniß ablegt; dieser bezieht sich auf Vernunftwahrheiten, d. h. auf sinnlich nicht wahrnehmbare Dinge, von deren Wirklichkeit man sich aber durch ein fremdes Zeugniß — z. B. eines Sachverständigen überzeugen läßt. Der materiale Geschichtsglaube ist allgemein gültig, allein nur ein mittelbar — durch einen Andern — empirisches, folglich unvollständiges Wissen und der Ueberzeugungsgrad ist bloße — höchst mögliche — Wahrscheinlichkeit, wie in dem ganzen bürgerlichen und Strafprocesse. Der formal-historische Glaube kann, wenn er nicht auch zugleich mit auf Selbstprüfung des Glaubenden beruht, leicht in blinden Glauben und Aberglauben ausarten. Ein Glaube, dem objective Gründe entgegenstehen, oder dessen subjective Gründe nicht allgemein gültig sind, ist ein Irr- (Wahn- oder Aber-) Glaube. Der Unglaube will nichts für wahr halten, als was man selbst durch objectiv zureichende Gründe eingesehen hat.

§. 21.

Das Meinen.

Dem Meinen darf kein Wissen oder Glauben entgegenstehen. Wohl aber muß die Meinung — näher oder entfernter — Vermuthung —, mit dem Wissen oder Glauben zusammenhängen, d. h. auf wenigstens einem gültigen Grunde beruhen. Der dem Meinen entsprechende Ueberzeugungsgrad, bloße Wahrscheinlichkeit, (mithin Ungewißheit), ist größer oder geringer, je nachdem die Gründe der Ueberzeugung mehr oder wenig unvollständig gegeben sind. Die Wahrscheinlichkeit ist mathematisch und berechenbar, wenn die Gründe von gleicher Art und gleichem Werthe blos gezählt zu werden brauchen, z. B. die Aussagen mehrerer, gleich glaubwürdiger Zeugen; dynamisch aber, wenn sie

Digitized by Google

ungleichartig und von ungleichem Werthe abgewogen werden müssen, z. B. der Inhalt mehrerer Urkunden, Geständnisse, Zeugenaussagen.

§. 22.

Der Zweifel.

Wenn die Gründe für und wider eine Behauptung an Zahl und Werth gleich sind oder scheinen, so entsteht der Zweifel, d. h. man urtheilt gar nicht, weil man eben so viele und eben so wichtige Gründe zum Bejahen und zum Verneinen hat. Sind aber gar keine Gründe der Entscheidung gegeben, so entsteht Unentschiedenheit, die dem Zweifel in Ansehung der Wirkung gleich ist. Denn auch hier urtheilt man nicht, weil gar keine Gründe da sind. In beiden Fällen entsteht Wahn oder Ueberredung, wenn man dennoch urtheilt.

§. 23.

Gefühl und Ahnung.

Uneigentlich kann man zu der unvollständigen und unzureichenden Ueberzeugung auch noch das theoretische Gefühl oder die theoretische Ahnung zählen, so jedoch, daß sie über das bloße Meinen gestellt werden. (§. 14.)

§. 24.

Classification der Ueberzeugungsgrade.

Die Grade der Ueberzeugung folgen nun in folgender Reihe und Ordnung auf einander:

A. Vollständige und zureichende Ueberzeugung;

I. Wissen; 1. empirisches, 2. rationales, a) mathematisches, b) philosophisches; oder I. Einsicht und objective Gewißheit; 1) monstrative und 2) demonstrative.

II. Glauben; 1. der allgemein gültige, a) Gemein- und b) materiale Glaube; 2. der nicht allgemeingültige, a) Privat- und b) formale Glaube oder 2. Subjective Gewißheit (1. a. u. 2.) und Wahrscheinlichkeit (1. b.).

Als Grade der B. unvollständigen und unzureichenden Ueberzeugung können vielleicht, wiewohl ohne strenge Richtigkeit und Consequenz (§. 19. 20.) aufgezählt und so geordnet werden:

I. 1. Fühlen, 2. Ahnen, 3. Meinen, 4. Vermuthen, 5. Zweifeln, 6. Unentschieden sein, oder I. 1. Wahrscheinlichkeit, Ungewißheit — 2. Zweifel, 3. Unentschiedenheit.

II. Wähnen — Wahn — Irrthum. (Vergl. §. 64. 66. ff. §. 200.)

Digitized by Google

§. 25.

Das praktische Vermögen.[1]) 1. Der Trieb.

Während das theoretische Vermögen die Vor- oder Grundbedingung der praktischen Thätigkeit, folglich auch des Rechts ist, ist das praktische Vermögen der nächste oder unmittelbare Quell der praktischen, also auch rechtlichen Thätigkeit. Dieses nämlich war (§. 13.) die Kraft, durch unsere Vorstellungen und Erkenntnisse Ursache von der Wirklichkeit der Gegenstände derselben zu sein oder das Subjective in uns (die Erkenntniß) in ein Objectives außer uns zu verwirklichen. — Die praktische Sinnlichkeit oder der Trieb strebt unmittelbar, blos durch Lust oder Unlust oder durch Selbstliebe bestimmt nach seinem Objecte, dem Angenehmen oder dem Vergnügen. Von diesem hat der Trieb jedoch keinen Begriff, vielmehr strebt er ohne Bewußtsein blos durch das dunkle Gefühl und durch die Eindrücke des Angenehmen außer ihm nach diesem unwiderstehlich, ohne Reflexion über die Mittel zum Zwecke, über die mittelbaren Folgen der Thätigkeit, ohne Regel, und stets eigennützig oder selbstisch. Er ist daher eben so leidend oder receptiv, als spontaneisch oder selbstthätig (§. 19.) und heißt auch *blinder* Trieb, thierischer Instinct (instinctus brutus). Je nachdem ihm das Objective außer ihm *gefällt* oder *mißfällt*, Lust oder *Unlust* erregt, strebt er das *lusterregende* Object mit dem Subjecte zu *vereinigen*, (*begehren*) oder das *unlusterregende* Object von dem Subjecte zu *entfernen* (*verabscheuen*). Deshalb erscheint der Trieb bald als Neigung oder *Zuneigung*, bald als *Abneigung* und nach seinen verschiedenen Richtungen bald als Erhaltungs-, bals als Geschlechts- u. s. w. Trieb. Eine habituelle Neigung heißt *Hang*. Sind die Gefühle gemischt, d. h. wird Lust und Unlust zugleich empfunden und ist keines das andere überwiegend, so entsteht praktische Unentschiedenheit (§. 22.) oder Gleichgültigkeit (Indifferenz) im sinnlichen Streben oder Handeln. Ist aber die Lust oder Unlust überwiegend, so wird man dadurch *angetrieben*, auf eine gewisse Art thätig zu sein. Der Trieb heißt auch das sinnliche Bestrebungs- oder Handlungs- oder das Begehrungs- und Verabscheuungsvermögen. Nach dem praktischen oder moralischen Sensualismus ist das Vergnügen das höchste Gut, daher auch Hedonismus oder Eudämonismus genannt. (Vergl. §. 37—39. 45. 46. 49. 82—86. 95—97.)

1) v. *Rotteck*, Lb. d. Vernunft-R. I. B. 1829. §. II. S. 3.

Digitized by Google

§. 26.

2. Der Wille.

Die praktische Intellectualität oder der Wille, die zweite Potenz des praktischen Vermögens, strebt mittelbar d. h. durch das, unmittelbar und relativ, nämlich in Beziehung auf den Trieb, Nützliche oder Schädliche, (z. B. ein Kranker durch das Einnehmen der bittern Arznei), nach dem Angenehmen, (z. B. nach der Gesundheit), theils weil es relativ gut oder böse ist, — Willkühr — ein durch Reflexion geleiteter Trieb —, theils aber, vom Triebe unabhängig nach Etwas, weil es schlechthin und an und für sich selbst gut oder böse ist, (Wille im engern Sinne.) Der Wille strebt daher mittelbar durch einen Zweckbegriff oder durch Einsicht, durch Verstand und Vernunft bestimmt, mit Bewußtsein und Ueberzeugung, nach einer bewußten Regel oder durch die Vorstellung und Erkenntniß des Gesetzes geleitet, nach einem vorher nach diesem beurtheilten und unter dasselbe durch einen Schluß subsumirten Gegenstande, nur darum und insofern, weil und wiefern er als gut gedacht wird. Der Wille setzt sich Zwecke, bildet sich Begriffe von möglichen Objecten seiner Thätigkeit und bestimmt einen als Ziel des Handelns. Er reflectirt über die Mittel zum Zwecke und bestimmt seine Handlungsweise vorher zur Verwirklichung des Zweckes durch gewisse Mittel, d. h. eine Regel. Die Bestrebungen und Handlungen des Willens sind also intellectuale Bestrebungen — Wollungen — und der Wille selbst ein nach Begriffen und Regeln thätiges oder ein intellectuales Bestrebungsvermögen, mehr spontaneisch oder selbstthätig. Denn ein passiver, negativer, leidender Wille wäre gar kein Wille, brächte gar nichts hervor und seine Bestrebungen und Handlungen oder Wollungen wären Nichts. — Insofern nun der Trieb auf unsre praktische Thätigkeit in einer nicht nur negativen Beziehung steht, so wirket auf jene sowohl der Trieb als der Wille. (§. 37. —39. 63. 81—86. 95—97. 178—182. §. 199. 187.)

§. 27.

3. Die praktische Vernunft

endlich, als höchste und letzte Potenz des Bestrebungs- und Handlungsvermögens, setzt ein Absolutes, Höchstes und Letztes, ein Unbedingtes oder Einheit im Streben und Handeln, als Etwas, was sein soll, oder Ideen und Grundsätze voraus, nach welchen jenes, das Absolute oder Einheit im Streben und Handeln oder durch-

Digitized by Google

gängige Uebereinstimmung aller menschlichen Bestrebungen und Handlungen (absolute Güte), gesucht wird. Die Grundsätze der praktischen Vernunft als gesetzgebender Gewalt sind Gesetze *für* den Willen, als ausführender, daher stets *positiv* thätiger, gegen den Trieb. (§. 37—39. 63. 81—86. 95—97.)

§. 28.

Freiheit des menschlichen Willens.

Die Freiheit des menschlichen Willens ist theils die Fähigkeit, theils die Wirklichkeit, (der Zustand), in welcher der Wille eines Menschen sich selbst, activ und passiv, spontaneisch und souverän, durch keinen andern Willen und durch keine andere (stärkere und unwiderstehliche, unbesiegbare) Gewalt gezwungen, für irgend eine Handlungsweise bestimmt, (wenn auch von einer andern Gewalt hierzu veranlaßt); oder in welcher der Wille sich selbst und spontaneisch bestimmt, einer andern Gewalt, z. B. der der Vernunft, des Triebes, der äußern Natur oder Sinnenwelt, dem Willen eines andern Menschen, zu folgen und sich zu unterwerfen. Selbst wenn also der Wille eines Menschen wegen einer andern Gewalt dem Willen irgend eines andern Menschen bei seiner Thätigkeit folgt, so ist er dennoch frei, d. h. so thut er dieß dennoch von selbst, und nicht gezwungen oder überwältigt von der Gewalt, der oder von dem Willen, dem er folgt, und nicht mit unabwendbarer Nothwendigkeit. Es giebt daher keine stärkere Gewalt, als den Willen. Zwar folgt der Wille eines Menschen stets einer *andern* Gewalt, z. B. entweder seinem eignen Triebe, oder seiner eignen Vernunft, oder der äußern Natur oder Sinnenwelt, oder dem (Triebe oder) Willen andrer Menschen. Allein dieß bringt seine Natur und Bestimmung, als *blos ausführende, nie* gesetzgebende Kraft mit sich. Die einzelne Gewalt, der er, der Wille, folgen will und folgt, wählt er sich selbst und frei aus von mehrern andern Kräften, Gewalten oder Willen, von denen keine oder keiner auf den Willen eines Menschen eine für ihn unwiderstehliche Macht hat, wenn sie auch untereinander an Macht ungleich und verschieden sein mögen. Nur dann, wenn jene andern Kräfte und Gewalten, z. B. der eigne Trieb, die eigne Vernunft des Wollenden, die äußere Natur- oder Sinnenwelt und der Wille andrer Menschen unter einander übereinstimmen, nur dann hört die *Wahl* und die Freiheit des Willens eines Menschen, auch praktisch und real, auf, weil sie auch ideal, und das Gegentheil von Freiheit, Unfreiheit oder Scla-

Digitized by Google

verei, so wie Kampf und Widerstand auch real und ideal unmöglich oder undenkbar ist. Also selbst in diesem einen Falle ist der Wille nicht unfrei, sondern weder frei noch unfrei, weil kein Widerstand gegen eine andere fremde Gewalt vorhanden ist. Der Wille eines Menschen ist stets und ohne alle Ausnahme frei, unbezwingbar, unerzwingbar, und unüberwindlich. Er kann, wenn er will, einer jeden andern fremden Kraft oder Gewalt, auch der stärksten und dem stärksten aller Triebe, z. B. dem Erhaltungstriebe, stets, unter allen Umständen und ohne alle Ausnahme widerstehen, d. h. äußersten Falls in und mit seinem Subjecte lieber untergehen und sterben, als sich unfrei und gezwungen unterwerfen. (Qui potest mori, non potest cogi). Dieß ist nicht nur ein Postulat der praktischen Vernunft, [1]) sondern auch eine Grundüberzeugung aller Menschen, Völker und Staaten wie eines jeden einzelnen Menschen. Ausnahmen von demselben machen auch nicht die Fälle, in denen ein normaler Wille d. h. ein intellectuales Bestrebungsvermögen in seinem normalen Zustande fehlt, z. B. durch Krankheiten des Verstandes oder des Willens jener oder dieser geschwächt, suspendirt oder aufgehoben ist. Auch hier ist der Wille nicht und nie unfrei, weil ein (normaler) Wille gar nicht da ist. Da jedoch der Wille von der Vernunft nicht angetrieben wird, wohl aber vom Triebe, so ist der Wille, wenn er dem Triebe folgt, mehr negativ und leidend, wenn er der Vernunft folgt, mehr positiv und activ thätig. Hieraus gehet hervor, daß eine jede Handlung eines Menschen eine freie und das Product des freien Willens ist, wenn sie einmal der Wille gewollt hat. Ist sie aber überhaupt kein Product des Willens, hat er sie nicht gewollt, so ist es auch keine Handlung. Für den Willen ist daher jeder psychologische und jeder andere Zwang überwindlich. Der mechanische Zwang ist allerdings unüberwindlich, aber nicht für den Willen, sondern für den Körper. Denn jener, der Wille, will und vollbringt dann doch jene Handlung nicht, zu welcher der mechanische Zwang den Körper, aber nicht den Willen nöthigt. Also selbst bei dem mechanischen, unüberwindlichen Zwange ist dann keine Handlung des Willens, kein unfreier Wille vorhanden. Natürlich fodert aber die Vernunft von dem Menschen nicht diesen Heroismus und Rigorismus, vielmehr nimmt sie an, daß dem psychologischen Zwange

1) v. Rotteck, i. a. W. §. III. S. 5. ff.

Digitized by Google

unter Umſtänden (§. 21.) zu folgen, Pflicht ſei und ſo erzwungene Handlungen wirkungsloſe ſeien, aber nicht, weil der Wille „unfrei“ geweſen iſt.[2])

§. 29.

Arten der Freiheit des Willens.

Von Freiheit des Willens — ſo wie überhaupt von Freiheit — kann nur mit der und durch die gleichzeitige (Voraus-) Setzung von Widerſtreit und Widerſtand andrer Kräfte oder Gewalten die Rede ſein. Dieſe letztern ſind eigentlich ſtets nur und allein die eigne (praktiſche) Vernunft und der Trieb des Wollenden ſelbſt, insbeſondere der letztere. Etwas Anderes nämlich, eine andere Kraft, z. B. die äußere Natur, Körper- oder Sinnenwelt, der Trieb oder Wille andrer Menſchen, können phyſiſch und unmittelbar gar nicht auf den Willen eines andern, des Wollenden, wirken oder ihn zwingen oder nöthigen, ſondern nur und allein mittelbar auf und durch die eigne Sinnlichkeit des Wollenden ſelbſt. (§. 16.) Deshalb umfaßt eigentlich die Freiheit des Willens eines Menſchen von ſeinem eignen Triebe die ganze Freiheit des Willens gegen alle und von allen andern Kräften, Mächten oder Gewalten. Abſtrahirt man aber von dieſer Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit der (Ein-) Wirkung auf den Willen eines Menſchen und ſieht man blos darauf, daß, von wem und woher die Urſache der Wirkung auf den Willen eines Menſchen komme, ſei jene eine nächſte oder entfernte, mittelbare oder unmittelbare, ſieht man alſo blos auf die möglichen erſten, entfernten und Grundurſachen jener Wirkung, ſo kann man vier ſolche, von einander verſchiedene Urſachen oder Hinderniſſe der Willensfreiheit unterſcheiden und die Freiheit des Willens eines Menſchen in Betracht kommen in Bezug 1) auf deſſen eigne Vernunft; 2) auf deſſen eigne (praktiſche Sinnlichkeit); 3) in Bezug auf alle andern ſinnlich-vernünftigen Weſen und endlich 4) in Bezug auf die ganze äußere Natur, Körper- und Sinnenwelt aller andern vernunftloſen, lebenden und lebloſen Weſen, Naturereigniſſe u. ſ. w.

---

2) „Quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.“ l. 21. §. 5. quod met. c. 4, 2. — l. 21. §. 3. l. 22. 23. §. 1. eod. 4, 2. l. 6. §. 7. d. A. v. O. H. 29, 2. l. 17. pr. qui et a quib. manum. 40, 9. c. 7. d. his, quae vi met. 2, 20.

Digitized by Google

§. 30.

Theoretisches Vernunftgesetz d. Freiheit des Willens.

Die Vernunft fodert aber nicht Freiheit des Körpers und des Menschen, als blos sinnlichen Wesens (denn diese ist unmöglich), sondern nur geistige, absolute Freiheit des Wilens von allen in §. 29. aufgezählten vier Gewalten oder absolute Freiheit von einer jeden einzelnen von ihnen. Denn jene wäre eine Verneinung der Vernunft und der Freiheit des Willens, eine contradictio in adiecto und unmöglich, da der Mensch, als sinnlich-vernünftiges Wesen, in der Körper- und Sinnenwelt mit und neben andern sinnlich-vernünftigen Wesen existirend, an jene wie diese und an die Gesetze beider gebunden und von ihnen abhängig ist, als rein körperliches, sinnliches Wesen. Vielmehr fodert die Vernunft zum Bestreben und Handeln nur Freiheit des Willens von den unter 2. 3. u. 4. des §. 29. angegebenen Gewalten nur da, wo diese mit ihr, der Vernunft, nicht übereinstimmen, sondern ihr widerstreiten. Nur da soll und darf, (muß jedoch nicht, sondern kann) der Wille ihnen widerstehen. Wo jene drei Kräfte aber mit der praktischen Vernunft, alle oder einzeln, also im erstern Falle auch untereinander, beim Bestreben und Handeln übereinstimmen, da soll und darf, (muß jedoch nicht, sondern kann) der Wille ihnen, mithin auch der Vernunft, folgen. (§. 28.) Jenes Widerstehen sowohl als dieses Folgen des Willens ist also frei, wiewohl Gebot oder Gesetz der Vernunft für den freien Willen. (§. 27. 37—39. 63. 81—86. 95—97.)

§. 31.

Praktisches Vernunftgesetz der Willensfreiheit.

Dieses (§. 30.) allgemeine theoretische Gesetz der Vernunft für die Freiheit des Willens des Menschen, als eines sinnlichen und vernünftigen Wesens in der Sinnenwelt, läßt sich praktisch nun auch so ausdrücken: Ueberall, wo es zur Erhaltung, Sicherung und Vertheidigung wie zur Ausbildung und Vervollkommnung und Integrität des Körpers und Geistes eines jeden Menschen, so wie aller seiner einzelnen Anlagen und Kräfte, zur Erreichung der Bestimmung eines jeden einzelnen und aller Menschen nothwendig (gut) ist, da soll der Wille eines jeden einzelnen und aller Menschen (§. 12. 17. 27.) den vier in §. 29. angegebenen fremden Gewalten folgen, weil sie da stets mit der Vernunft übereinstimmen (gut sind). Wo jenes aber nicht nothwendig (gut), sondern nur

Digitized by Google

nützlich, wo also die Erhaltung, Sicherung, Vertheidigung, Ausbildung und Vervollkommnung des menschlichen Körpers und Geistes, und seiner sämmtlichen einzelnen Anlagen — Wahrheit und absolute Güte (§. 12. 17. 27.), möglich ist, ohne daß der Wille eines jeden einzelnen und aller Menschen jenen drei in §. 29. angegebenen Gewalten folgt, da soll er ihnen widerstehen, und der Vernunft folgen, weil jene mit dieser nicht übereinstimmen (böse sind), sondern widerstreiten.

§. 32.

Ansichten Andrer über Freiheit des Willens.

Mit der hier (§. 31.) vorgetragenen Ansicht über Freiheit des Willens stimmen fast alle Philosophen sowohl als Rechtsgelehrten und unter diesen sowohl die Civilisten als die Lehrer des Strafrechts, wenigstens im Detail und konsequent, nicht überein. Zwar stellen auch die meisten von ihnen den allgemeinen Grundsatz der Freiheit des Willens auf. Allein bei den einzelnen Rechtslehren, vorzüglich bei der von der Einwilligung in Rechtsgeschäfte im Privatrechte und bei der von der Zurechenbarkeit der Rechts- oder Gesetzesverletzungen im Strafrechte, reden sie[1]) von Unfreiheit des Willens, als einer nicht nur möglichen, sondern wirklichen und realen, so wie von Aufhebung der Freiheit des Willens, oder von Gründen einer solchen Aufhebung. Allein nicht die Freiheit des Willens wird aufgehoben; der Wille wird nicht unfrei. Denn dieß setzt das Dasein, das wirkliche und reale Dasein eines normalen Willens voraus. Sondern dieses, der Wille selbst, d. h. das intellectuale Bestrebungsvermögen, ist oder wird aufgehoben, suspendirt, z. B. schon bei nicht vorhandener theoretischer Sinnlichkeit, (des Gesichts, Gehörs, Gefühls u. s. w.), oder schon bei nicht vorhandenem theoretischen Verstande oder Bewußtsein oder bei nicht vorhandener Ueberzeugung (§. 18.) oder bei nicht vorhandenem Willen, — alle diese Vermögen entweder im allgemeinen als Fähigkeit, oder im concreten und besondern als Thätigkeit u. s. w. genommen. Mehr oder minder übereinstimmend sind folgende fünf

1) Vergl. z. B. v. Rotteck, i. a. W. §. III. S. 5. u. §. 33. S. 201. f. Mühlenbruch, Lb. d. Pand. R. I. 1836. §. 92. S. 181. Feuerbach und Mittermaier, Lb. d. g. in D. g. peinl. R. 13. Ausg. 1840. §. 84. not. e S. 137. §. 85. not. S. 139. §. 88. I, not. S. 143. vorz. §. 91. not. b. e. u. not. I. 2. S. 158. Wächter, Lb. d. Röm. T. Straf-R. §. 68. not. 29. §. 69. not. 31. S. 111. — Vorsichtiger drückt sich aus Martin, Lb. d. T. g. Crim. R. 2. Ausg. 1829. §. 31—32. S. 70. f. §. 37—40. S. 83.

Digitized by Google

Theorien über die Freiheit des Willens: 1) Nach Feder[2]) ist dieselbe das Vermögen, unabhängig von jeder sinnlichen Einwirkung und von Naturursachen selbstthätig sich zu etwas zu bestimmen. 2) Feuerbach[3]) läßt die Freiheit gar nicht als Princip der Zurechnung gelten, spricht jedoch von Willensbestimmung, Willkühr, von der Möglichkeit, nach Willkühr zu handeln oder der Willkühr, den Strafgesetzen gemäß sich zu bestimmen. 3) Heinroth[4]) trennt Freiheit als Kraft von der Freiheit, als Zustand, 4) Groos aber den Sinn oder Trieb der Freiheit von der wirklichen Freiheit.[1]) 5) Weber und Clarus stellen nur die Willkühr als Bedingung der Zurechnung auf,[6]) 6) die meisten neuern aber die Freiheit des Willens![7])

§. 33.

Ansicht des röm. und canon. Rechts.

Auch das römische Recht gehet von der Freiheit des Willens aus und stellt sogar bisweilen den Satz allgemein auf, daß Niemand sich durch Zwang und Drohung bestimmen lassen dürfe.[1]) Von Unfreiheit des Willens, als einem je wirklichen Zustande spricht es jedoch nie, selbst da nicht, wo jemand durch Zwang und Furcht gezwungen, seinen Willen einem fremden unterworfen und sich für eine, von einer fremden Gewalt (§. 29.) dictirte Handlung bestimmt oder entschieden hat. Vielmehr wird auch hier der Gezwungene immer noch als Handelnder, nicht der Zwingende angesehen, außer beim mechanischen Zwange. Denn bei diesem handelt und will der Gezwungene gar nicht; vielmehr wird er nur als mecha-

2) „Ueber d. menschl. Willen, I. B. 1 Kap. §. 6.

3) i. a. W. §. 82. S. 135. §. 82. S. 137. §. 84. 85. S. 138. §. 88. S. 143. Uebereinstimmend ist v. Almendingen, Darstell. d. recht. Imputat. Gießen, 1803. S. 63. ff. Henke, Gesch. d. T. peinl. R. II. S. 371. ff.

4) System der psych. Medicin, S. 74.

5) S. Beiträge über moral. Freih. u. Unsterblk. Tübingen, 1828. u. Entw. r. philos. Grbl. f. d. Lehre von den Geisteskrankh., Heidelb., 1827.

6) Weber, Hbb. d. psych. Anthropologie, 1828. S. 294. Clarus, Beiträge zur Erkenntn. u. Beurth. zweifelh. Seelenzust. Leipzig, 1828. S. 19. S. dagegen Roller, in Schneiders Annalen der Staatsarzneikunde, IV. B. S. 425.

7) S. z. B. Diez, in Schneiders Annalen, II. B. 1. H. S. 111. IV. B. S. 473. Vaillant, d. libera voluntate ad del. necessar. Amstelod. 1837. Spanholz, d. Controverse üb. Zurechn. zweifelh. Gemüthszust. Stralsund, 1839. S. 67. Mittermaier, de princ. imput. alienat. ment. recte const. Heidelb. 1837.

1) l. 21. §. 5. quod metus c. g. er. 4, 2, Cic. Tusc. quaest. IV. 6 in f. — Vergl. Heineccii opusc., in quib. histor. edictor. aliaq. continent, p. 397. not. b.

Digitized by Google

nisches, lebloses, also auch willenloses körperliches Wesen betrachtet. Auch das kanonische Recht spricht nie von Unfreiheit des Willens oder von Aufhebung der Freiheit desselben.[2]) Im Gegentheile setzt es „voluntarios reos" den „ex necessitate compulsis" entgegen; letztere sind also rei ohne Willen, non voluntarii, deren Bewußtsein, Verstand und Ueberzeugung oder Wille völlig aufgehoben oder suspendirt ist, z. B. durch furor, dementia u. s. w.[3])

§. 34.

Ansicht des sächsischen C. G. B.

Nur die neuern Strafgesetzbücher sprechen von „mangelnder Freiheit," als einem Mangel an Zurechnungsfähigkeit; so das sächsische in der Ueberschrift zu Art. 69. Dennoch spricht derselbe im Texte von „Handlungen und Unterlassungen" des Genöthigten, die doch nur mit Willen des Handelnden möglich sind. Unter „unwiderstehlicher körperlicher Gewalt" ist jedenfalls die menschliche (§. 26. 28. ff. 49. 63.) zu verstehen, bei der also der Genöthigte vollen freien Willen behält, allein wider denselben, von einem Andern als mechanisches, willenloses, körperliches Instrument zu einer That gebraucht wird, die der Gezwungene nicht will, wohl aber der Zwingende, und die daher eine Handlung des letztern, nicht aber des erstern ist. Hier hat der Genöthigte also seinen vollen Willen gehabt und behalten, ja, sogar einen der erzwungenen That entgegengesetzten Willen, allein zur Ausführung desselben die physische, körperliche Möglichkeit, Freiheit und Stärke nicht gehabt. Diese hat hier gemangelt, nicht aber Freiheit des Willens. (§. 49. 63.) Nicht aber sind hier unter „körperlicher Gewalt" körperliche Mißhandlungen u. s. w. zu verstehen. Denn diese sind stets widerstehlich, (§. 28.) vermögen wenigstens den Willen des Gemißhandelten nicht aufzuheben, noch weniger zu einer Handlung, schon deshalb nicht zu bestimmen, weil sie stets schon vorbei, überstanden sind. Von zukünftigen Mißhandlungen darf man nämlich jene Worte schon deßhalb

2) can. 102. Qu. III. Caus. XI. setzt das delinquere ex necessitate, ex ignorantia u. ex studio gegenüber, und sagt: „si tamen ipsa eorum ignorantia vel necessitas vera et non simulata, vel non ex voluntate processerit." Can. 8. qu. 1. Caus. 15.: „eo quod non voluntate, sed impellente vi, nescio qua, haec gesserint, nescientes." Can. 6. eod.

3) can. 6. qu. 1. Caus. 15. — Dist. 1. c. 11. cap. 4. X. d. R. J. 5. 41. cap. 3. de furt. 5, 18. u. P. G. O. Art. 175. stimmen ganz mit §. 28. 30. oben überein. (s. noch §. 63. 49. 50. 81. 110. 117. 119.)

nicht verstehen, weil sie sonst mit den folgenden Sätzen jenes Art. 69.[1]) „oder durch — solcher Gefahren" ganz identisch wären. In diesen Fällen nämlich hat der Genöthigte auch seinen vollen Willen gehabt, aber nicht einen der erzwungenen That entgegengesetzten behalten, sondern für diese sich selbst bestimmt, seinem Erhaltungstriebe wie seiner mit diesem übereinstimmenden Vernunft (§. 28. 29. 30. 31.) folgend. „Drohungen aber, die mit gegenwärtiger, unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben[2]) verbunden sind oder die begründete Besorgniß solcher Gefahren" vermögen ebenfalls den Willen nicht aufzuheben oder zu bezwingen oder zu überwältigen. (§. 28.) Denn außerdem wären die durch solche Drohungen und Besorgniß hervorgebrachten Thaten ebenfalls keine „Handlungen" und nicht Handlungen des Gezwungenen, wenn er sie nicht selbst gewollt und mit seinem Willen unternommen hätte; noch weniger wären es Handlungen des Genöthigten als eines Menschen, sondern nur als eines blos sinnlichen Wesens. In diesem Falle hat der Genöthigte (freien) Willen gehabt und die Handlungen gewollt, in jenem — bei unwiderstehlicher körperlicher Gewalt — zwar auch freien Willen gehabt, allein die Thaten nicht gewollt, ohne und wider seinen Willen vollbracht, als mechanisches Werkzeug, weil er zur Ausführung seines entgegengesetzten freien Willens die physische Möglichkeit, die physischen Kräfte nicht hatte. Also fehlt auch hier Freiheit des Willens, die subjective Möglichkeit der Selbstbestimmung gegen jene Drohungen und gegen jene Besorgniß nicht. Dennoch aber heben sie zwar nicht die Freiheit, auch nicht die Zurechnungsfähigkeit, endlich auch nicht die Zurechenbarkeit, wohl aber die Strafbarkeit auf, aber aus ganz andern Gründen. (§. 28—31.) Auf ganz gleichen Grundsätzen beruht die Ausschließung der Strafbarkeit „in andern Nothfällen" (Art. 72.), „in einem unverschuldeten, auf andre Weise nicht abwendbaren Nothstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen dringenden Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder seiner Angehörigen." Auch nach diesem Artikel (§. 50. 63. 110. 117—119. 120. 142. 145 a.) müssen also „eine gegenwärtige (dringende) unabwend-

1) „Handlungen oder Unterlassungen, zu welchen Jemand durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch Drohungen, die mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben verbunden sind, oder durch begründete Besorgniß solcher Gefahren genöthigt wird, unterliegen keiner Zurechnung." — Die Erklärung von „Leib oder Leben" (d. h. „körperliche und geistige Integrität" §. 12. 30. 31. 42. f. 50. 104.) gehört nicht hierher. S. C. G. B. Art. 72. 125. 132. 3. 4. 141. 144. 157. 163. 166. f. unten §. 151 c.

Digitized by Google

bare Gefahr für Leib oder Leben (dem Handelnden oder seinen Angehörigen[2])) drohen oder mit Grunde besorgt werden", nur daß nach Art. 69. von andern Menschen, in Art. 72. von der Natur herrührende Gefahren (§. 145 a.) vorausgesetzt zu werden scheinen. Dieß eben, ob andre Menschen oder die Natur die Ursache jener Gefahren sind, ist für den Handelnden und seinen Willen ganz gleich, eben so für seine Freiheit und Zurechnungsfähigkeit. Daher scheinen Art. 69. von den Worten an „oder durch Drohungen — bis „solcher Gefahren" und Art. 72. des sächs. C. G. B. ganz gleichbedeutend zu sein.[3]) So wenig nun in den Fällen des letztern, so wenig kann in den Fällen des Art. 69. „die Freiheit mangeln."

§. 35.

Aeußere Freiheit und Recht als Mittel.

Zur Erreichung seiner Bestimmung (§. 12. a. E. 30. 31.) und zur Darstellung seiner innern Freiheit (§. 28.) bedarf ein jeder einzelne Mensch, als ein sinnliches und vernünftiges Wesen, eines freien äußern Wirkungskreises so wie des Zusammenlebens mit Menschen, in der Sinnenwelt. Die physische Möglichkeit hierzu ist die äußere Freiheit. Diese ist aber unbeschränkt für einen jeden Einzelnen unmöglich und sich selbst aufhebend. Deßhalb fodert die praktische Vernunft, daß ein jeder einzelne Mensch seine eigne, ursprünglich unbeschränkte äußere Freiheit und Thätigkeit so beschränke und begrenze, daß die gleiche aller Andern und eines jeden Einzelnen so wie seine eigne zugleich und nebeneinander bestehen könne. Nur dieß, nicht mehr fodert die Vernunft. Insbesondere fodert sie daher nicht, daß ein Einzelner seine eigne Thätigkeit und Freiheit zu Gunsten Andrer mehr oder da beschränke, wo seine eigne Freiheit und gleiche Thätigkeit neben der gleichen Andrer oder die Andrer neben der seinigen physisch unmöglich ist, oder daß jemand auf seine eigne Freiheit, Thätigkeit und Existenz ganz verzichte. Vielmehr fodert wieder die Vernunft im Gegentheil, daß ein Jeder seine eigne Thätigkeit und Freiheit nur insoweit beschränke, als es nöthig und möglich ist, daß eine gleiche aller andern daneben bestehe, und nicht weiter. Diese vernünftige und nothwendige Grenze oder Schranke der äußern Freiheit des Menschen oder auch der Umfang und größt-

2) Groß, C. G. B. f. d. K. S. mit Anmerk. Dresden, 1838. zu Art. 69. S. 128. Ber. d. Deput. d. I. u. II. K. Landt. Akt. Beil. zu Abth. 2. Samml. I. S. 64. v. Hartitzsch, d. C. G. B. Lpz., 1841. zu Art. 69. S. 147.

3) Dep. Ber. d. I. K. C. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 80. f.

Digitized by Google

mögliche Kreis derſelben iſt das Recht. Dieſes, von der Vernunft ſelbſt für den Willen gegeben, wird auch natürlich von jener wie von dieſem ſpontaneiſch beobachtet. Nur der, ohne Schranke, Regel und Einſicht (§. 25.) thätige Trieb widerſtrebt bisweilen ganz jener vernünftigen Selbſtbeſchränkung der äußern Freiheit. Daher iſt das Recht auch mittelbar die Schranke oder der größtmögliche Kreis der Thätigkeit des Triebes eines jeden Einzelnen, über welchen hinaus der Wille dem Triebe nicht folgen ſoll. (§. 30. 31.)

§. 36.

Das Recht als Zweck.

Das Recht iſt aber nur Mittel zu Vernunftzwecken (§. 35.) nie Selbſtzweck [1]), dennoch aber weſentlich verſchieden von Politik und Klugheitslehre, und nicht Mittel und Gebot der Klugheit, ſondern der Nothwendigkeit und daher auch eine Pflicht. Nur durch die Nothwendigkeit wird das Recht, (folglich auch das Strafrecht) begründet. Nur in untergeordneter Beziehung kann jenes als Endzweck und Aufgabe der Vernunft betrachtet werden. (Vergl. unten §. 101. a. E. not. 1. §. 102. a. E.) Die abſolute Güte (§. 17. 27.) nämlich äußert ſich als Uebereinſtimmung aller menſchlichen Beſtrebungen und Handlungen, theils untereinander, oder als Gerechtigkeit, theils mit dem Objectiven an und für ſich, oder als Sittlichkeit, theils mit dem Objectiven in ſeiner Beziehung auf das Subjective, oder als Gottſeligkeit.

Dritter Abſchnitt.

Ueber den Begriff, das Weſen, den Grund, Zweck und die Grenze des Rechts in ſeiner Anwendbarkeit auf das Strafrecht.

§. 37.

Erklärung von Recht.

Das Recht [1]) überhaupt (§. 2. 4. 35.) iſt diejenige wechſelſeitige mögliche Beſtimmung des Gebrauchs der äußern Freiheit und

1) A. M. iſt Abegg, Lb. d. Straf. R. W. 1836. §. 4. S. 5. f. §. 5. S. 7. §. 35. S. 59. §. 38. S. 63. §. 48. S. 71.

1) S. Schilling, Lb. f. Inſtitut. u. Geſch. d. Röm. Priv. R. 1. Lieferung. Einl. Leipzig, 1834. §. 1. S. 1. ff. §. 10. S. 17. ff. Meine Grundwiſſenſchaft d. g. t. u. ſ. Civ. u. Crim.-Proc. 1839. I. §. 70. ff. S. 106. ff.

Digitized by Google

Thätigkeit sinnlich-vernünftiger Wesen, durch welche jener mit einem jeden fremden, wechselseitig zu gewährenden Gebrauche gleicher äußerer möglicher Freiheit und Thätigkeit aller Andern — oder durch welche alle äußern oder formalen Handlungen des Willens einzelner solcher Wesen mit denen aller andern übereinstimmen. Oder Recht ist die Idee und zugleich Wirklichkeit des, ohne äußern realen Widerstreit möglichen Zusammenlebens der Menschen oder des, dem Einen zu gewährenden Gebrauchs äußerer möglicher Freiheit und Thätigkeit neben dem gleichen Gebrauche gleicher Freiheit und Thätigkeit aller Andern oder diese Möglichkeit selbst. Endlich kann man auch sagen, Recht sei die durchgängige (absolute) Uebereinstimmung oder Harmonie der formalen, äußerlich praktischen Thätigkeit des Willens aller Menschen, objectiv gedacht. Denn subjectiv heißt sie Gerechtigkeit. In Bezug auf den Trieb (nicht auf den Willen) kann man das Recht auch erklären als mögliche und nothwendige Beschränkung der praktischen Sinnlichkeit aller Einzelnen auf einen gewissen Kreis und Umfang, innerhalb dessen Gleichheit und Sicherheit äußerer Freiheit und Thätigkeit aller Einzelnen möglich ist —, oder diejenige mögliche und nothwendige (vernünftige) Beschränkung und Bestimmung der praktischen Sinnlichkeit eines jeden Einzelnen, wodurch dieselbe mit der praktischen, vernünftigen, äußern möglichen Thätigkeit und Freiheit aller Andern übereinstimmt — (oder auch diese durchgängige Uebereinstimmung selbst).

Anm. Eine Handlung ist die — daher stets positive — Aeußerung des Willens und der Kraft eines sinnlichen vernünftigen Wesens, als solchen, daher stets wesentlich zurechenbar. Auch eine Aeußerung (oder Handlung) einer theoretischen Kraft bedarf mit des Willens oder der Entstehung oder Anregung durch diesen. Also die innern Bestandtheile (Wissen und Wollen) muß eine Handlung stets haben, (§. 55.) — sonst ist sie keine Handlung. Nicht aber muß sie auch stets äußerlich, äußerlich erscheinend, wahrnehmbar sein. Denn es giebt auch blos innere Thätigkeiten des blos theoretischen Vermögens. Auch diese heißen Handlungen und diese werden daher mit Recht eingetheilt in innere und äußere.[2]) Im Rechte gelten blos letztere, die äußern (und innern zugleich) als Handlungen. (§. 52. 53. 54. 55.)

2) Hiergegen ist Abegg, Lb. d. Straf.-R. W. §. 78. S. 123. Allein er geht von einem zu engen, von dem blos rechtlichen Begriffe einer Handlung aus. Blos äußere (nicht zugleich mit innere) Handlungen giebt es allerdings nicht und sind gar keine Handlungen.

Digitized by Google

§. 38.

Grund des Rechts.

Der nächste unmittelbare Grund des Rechts liegt in der Unmöglichkeit äußerer unbeschränkter Freiheit, Thätigkeit und der Gleichheit und Sicherheit derselben, und des Zusammenlebens der Menschen, ohne Beschränkung und Begrenzung der äußern Freiheit durch das Recht. Der mittelbare Grund desselben aber ist die Unmöglichkeit innerer Freiheit oder der Erreichung der Bestimmung eines jeden einzelnen und aller Menschen (§. 12. 30. f.) ohne das Recht. Der entfernte ursprüngliche Grund des Rechts dagegen ist der Widerstreit der praktischen Sinnlichkeit aller Einzelnen gegen die vernünftige mögliche äußere Freiheit und Thätigkeit aller Andern. Die praktische Vernunft fodert daher das Recht zwar für den Willen, aber weder gegen ihn noch gegen sich, sondern nur gegen die praktische Sinnlichkeit. Denn die Vernunft beschränkt schon die äußere Thätigkeit und Freiheit von selbst so weit, daß die gleiche aller Andern daneben bestehen kann. — Wo aber gleiche äußere Freiheit und Thätigkeit, mithin auch die Erreichung der Bestimmung eines jeden Einzelnen und aller Andern unmöglich ist (§. 30. 31. 34. 35. §. 50.) da fällt auch der Grund des Rechts, mithin dieses selbst weg.

§. 39.

Der Zweck des Rechts.

Der nächste und unmittelbare Zweck des Rechts ist Aufhebung des Widerstreits der praktischen Sinnlichkeit aller Einzelnen mit der vernünftigen äußern möglichen Thätigkeit, Freiheit und Gleichheit aller Andern. Der entfernte Zweck des Rechts aber ist möglichste Sicherung, Aufrechthaltung und Bewahrung oder die Möglichkeit gleicher äußerer möglicher Freiheit aller einzelnen, in der Sinnenwelt zusammenlebenden Menschen oder dieses Zusammenlebens selbst. Der ursprüngliche Zweck des Rechts dagegen ist Bewahrung und Beförderung der innern Freiheit oder der Erreichung der Bestimmung eines jeden einzelnen und aller Menschen (§. 12. 30. ff.) Wo aber der Zweck des Rechts, gleiche äußere Freiheit, Sicherheit und Thätigkeit eines jeden Einzelnen und aller Andern, unmöglich ist, (§ 30. 31. 34. 35. 50.) da fällt auch das Recht selbst weg. (s. §. 80. ff. §. 102.)

Digitized by Google

§. 40.

Inhalt, Umfang und Grenze des Rechts.

Das Recht ist also Mittel zu diesen Zwecken (§. 39.) und durch diese selbst so wie durch seinen Grund (§. 38.) seinem Dasein, Inhalte und Umfange nach bestimmt, beschränkt und bedingt. D. h. das Recht tritt nur dann ein und darf nicht mehr ausgedehnt — die äußere Freiheit eines jeden Einzelnen so wie die praktische Sinnlichkeit nur dann und so beschränkt — werden, als die Erreichung jener Zwecke möglich, zu derselben (§. 39.) wesentlich nothwendig ist und durch den Grund des Rechts (§. 38.) gerechtfertigt wird. Dasselbe gilt von dem Umfange des positiven Rechts, dasselbe von dem Umfange des natürlichen sowohl als des positiven Strafrechts und der Verbrechen; dasselbe gilt sogar von dem Privatrechte. Es dürfen daher nur möglichst wenige moralische Pflichten zu Rechtspflichten [1]) und möglichst wenige Verletzungen sittlicher, religiöser und Rechts-Pflichten zu Verbrechen gestempelt werden.

§. 41.

Das subjective Recht.

Das Recht im subjectiven Sinne kann man erklären als das [Vermögen, die Fähigkeit oder das] Befugniß zu gewissen äußern oder formalen Handlungen des Willens gegen die praktische Sinnlichkeit Andrer — oder die in Bezug auf Andre und deren praktische Sinnlichkeit stattfindende, mithin äußere, wechselseitige, sittliche Möglichkeit des Handelns — oder die, durch das Gesetz allgemeiner, wechselseitiger, äußerer möglicher Freiheit und Beschränkung des Triebes begründete Befugniß, von Andern die Unterlassung derjenigen, von ihrem Triebe begehrten Handlungen zu fodern, welche mit der allgemeinen äußeren möglichen Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit unverträglich sind.

§. 42.

Angeborene und erworbene Rechte.

Eine für das Strafrecht — insbesondere die Beurtheilung der Zulässigkeit der einzelnen Strafarten (§. 103. 104. ff. 115.) und des Rechtssatzes „Volenti non fit iniuria“ (§. 49. 115. §. 143.) wichtige Eintheilung der Rechte ist die in angeborne

1) S. über das Römische Privatrecht in dieser Beziehung: Meine Grundwissensch. d. g. t. u. s. Civ. u. Crim.-Proc. I. 1839. §. 73. S. 108. ff. und Meine Doli descriptio, Misenae, 1837. §. 5. not. 1—8. p. 9.

Digitized by Google

und erworbene. Jene, (auch urſprüngliche, Urrechte, unmittelbare, abſolute gen.) ſind die, welche einem jeden Menſchen, als ſolchem, nach der Rechtsidee, den Beſtimmungen des Vernunftrechts zuſtehen, zu ſeinem Weſen als Rechtsſubject gehören und ohne welche es gar kein Rechtsſubject, keine Rechtsfähigkeit, gar kein Recht, oder nur abgeleitete, rein thatſächliche, auf keinen Rechtsgrund geſtützte, geben würde, welche daher die Grundbedingung aller erworbenen Rechte ſind. Sie ſind folglich auch allgemeine, nothwendige und in ihrer Totalität unveräußerliche d. h. ſie können wohl beſchränkt und theilweiſe veräußert, aufgegeben werden, aber nie ganz, insbeſondere nicht vom Berechtigten ſelbſt durch Vertrag oder Entſagung oder Uebertragung. Denn dieſe würden, weil den Rechtsgrund ihrer eigenen Gültigkeit aufhebend, die Rechtloſigkeit des Entſagenden ausſprechend, nicht Rechtsacte eines Rechtsſubjects ſein, ſondern bloße rein thatſächliche Verhältniſſe eines rechts- alſo auch verfügungs- und handlungsunfähigen Subjects. Sie würden alſo zum mindeſten rechtlich weder gültig noch ungültig, weder Recht noch Unrecht ſein, nach dem Rechte überhaupt gar nicht beurtheilt werden können, weil ſie eben alles Recht des Entſagenden aufheben, nicht ſetzen. Sie würden eben deshalb dieſen auch rechtlich nicht verbinden und dem andern Theile kein Recht geben, folglich jenem die Urrechte nicht nehmen und aufheben, ſondern rechtlich laſſen, wenn und weil er ſie hat. Wohl aber ſind theilweiſe Beſchränkungen und Verletzungen der Urrechte eines in ſie einwilligenden, auf dieſe theilweiſe verzichtenden Rechtsſubjects, z. B. Verſprechen bei Gefängnißzwang, oder vertragsmäßige, (ſelbſt lebenslängliche) Zuchthausſtrafe, körperliche Züchtigung u. ſ. w. rechtlich erlaubt und rechtlich gültig. Dagegen iſt und bleibt gänzliche Aufhebung und Vernichtung oder Entziehung eines Urrechts in ſeiner Totalität der Einwilligung, Verzichtleiſtung und Entſagung des Berechtigten ungeachtet eine Rechtsverletzung, rechtlich unerlaubt, Unrecht, z. B. Sklaverei, Entziehung aller und jeder äußern Freiheit, Verzichtleiſtung auf alle und jede innere Freiheit, auf alle und jede Freiheit und Thätigkeit des Denkens, der Vernunft und des Gewiſſens, Tödtung u. ſ. w. Und wenn ſie ja nicht Unrecht, ungerecht und unrechtmäßig ſind, ſo ſind ſie mindeſtens auch nicht Recht, gerecht und rechtmäßig und wenn ja der, von der Einwilligung eines Menſchen in die gänzliche und totale Entziehung ſeiner Urrechte in die Aufhebung der Möglichkeit ſeiner Exiſtenz als Menſch und

Digitized by Google

seiner körperlichen und geistigen Integrität Gebrauch machende nicht ein Unrecht begeht, so giebt ihm jene Einwilligung wenigstens auch kein Recht dazu. Auch ist dieses rein thatsächliche Verhältniß mindestens unmoralisch, unsittlich und gegen das Sittengesetz. (§. 12. 30. 31. 50. 103. ff. 143.)

§. 43.

Welche Rechte unveräußerlich

seien, dieß ist allerdings bestritten, nicht aber, daß es überhaupt unveräußerliche Rechte gebe. Man kann sie alle zusammen das absolut gültige, der Privatautonomie und Verfügung aller Privaten entrückte ius publicum nennen, welches öffentlich sanctionirt, allgemein anerkannt im Staate gilt. (Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.“) [1]). Eigentlich giebt es nur eins, nämlich das Urrecht der Persönlichkeit. Dieses umfaßt sowohl das Recht der persönlichen Subsistenz, als das der Freiheit und Gleichheit. Diese drei Urrechte sind aber nur Folgen der Betrachtung eines sinnlich-vernünftigen Wesens aus dem dreifachen Gesichtspunkte der Substantialität, Causalität und Gemeinschaft in Ansehung seiner Relation zu andern Dingen. Die Gesundheit im gewöhnlichen Sinne, als solche, ist kein unveräußerliches Urrecht. Denn Krankheit hebt das Recht der Persönlichkeit nicht auf. Wird aber das physische oder psychische Leben und Thätigsein durch eine Krankheit für immer und gänzlich aufgehoben, so würde insofern Gesundheit allerdings ein unveräußerliches Recht, wie das auf physisches und psychisches Leben und Wirken sein, aber nur insofern (s. auch unten §. 151, c.) In der Regel heben aber Krankheiten die physische oder psychische Thätigkeit nicht gänzlich auf. Im Gegentheil, Gesundheit und Krankheit setzen sie und die Persönlichkeit und Subsistenz voraus, sind von dieser bedingt. Hepp [2]) wendet hiergegen ein: „Allein wie lassen sich die möglichen Folgen einer menschlichen Handlung schon zum voraus mit Sicherheit bestimmen und berechnen?“ Dieß ist aber ja bei allen menschlichen Handlungen nicht nur etwas Wirkliches, sondern etwas Nothwendiges, Unabänderliches, — übrigens auch bei der

1) l. 27. §. 3. 4. l. 28. 38. d. P. 2, 14. l. 27. 45. §. 1. d. R. I. 50, 17. l. 5. §. 7. d. admin. tut. 26, 7. l. 42. d. Oper. lib. 38, 1. c. 12. d. test. 6, 23. l. 20. pr. d. relig. 9, 7. l. 1. §. 9. d. mag. 27, 8. l. 12. §. 1. d. pact. dot. 23, 4. l. 55. d. legat. I. (30.) l. 15. §. 1. ad l. Falc. 35, 2. l. 16. d. suis et leg. 38, 16. l. 13. pr. l. 7. §. 4. ad. l. Aquill. 9, 2.

2) Hepp, N. Arch. d. C. R. XI. nr. 4. S. 90. ff.

Digitized by Google

Entscheidung obiger reinen Rechtsfrage irrelevant. Bei der Frage, ob die Ehre ein unveräußerliches Recht sei, muß man die vielen Bedeutungen und Beziehungen der Ehre unterscheiden. Nimmt man sie für gleichbedeutend mit dem Urrechte, mit der Persönlichkeit, mit der Rechtsfähigkeit selbst, so ist sie natürlich unveräußerlich. Jede andere Ehre, z. B. die Anerkennung des sittlichen Werths, der Tugend, der Intelligenz oder Kenntnisse, alle bürgerliche Ehre ist nicht unveräußerlich, sondern erst erworben. Denn Gerechtigkeit, Tugend, Kenntnisse, Bildung, Sittlichkeit sind nicht angeboren, sondern müssen erst erworben werden, sie sind empirisch. Auf Anerkennung derselben hat Niemand ein Urrecht, eben so wenig aber auf das Aussprechen des Gegentheils ein Andrer ein Recht. Nur darauf, ein Rechtssubject, rechtsfähig zu sein, hat man ein Urrecht. Nicht einmal auf die ideale, theoretische Anerkennung der Rechtsfähigkeit, sondern nur auf die praktische, auf die Nichtverletzung derselben hat man ein Urrecht.

§. 44.

Das objective Recht

ist das Gesetz oder die Grenze der äußeren möglichen Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit aller Einzelnen gegen dem Trieb aller Andern oder der Inbegriff der Bedingungen und Regeln, unter und nach denen allgemeine äußere Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit des Triebes, Willens und der praktischen Vernunft Aller möglich ist oder durch welche diese bestimmt wird. In einem andern (Hegels) viel zu weiten Sinne nennt Abegg[1]) alles „Objective (und Allgemeingültige), auch Sittlichkeit und Sitte", Recht.

§. 45.

Die Rechtspflicht.

Einem jeden Rechte (im subjectiven Sinne) auf der einen Seite steht eine Pflicht oder Verbindlichkeit, dasselbe zu beachten, auf der andern gegenüber. Eben so ist durch das Recht im objectiven Sinne stets für den Einen ein Recht, für alle Andern aber die Verbindlichkeit begründet, dasselbe nicht zu verletzen. Die Rechtspflicht ist daher die durch eine Rechtsregel begründete mo-

1) Abegg, Lb. d. Straf-R. W. §. 8. S. 10. §. 52. S. 77. §. 57. S. 83. f. §. 63. S. 93. §. 64. 65. S. 96. f. §. 80. S. 126. f. §. 101. S. 160. Neues Arch. d. Crim. R. IX. S. 625. f. XII. S. 620 f. Neue Folge, 1835. S. 579.

Digitized by Google

ralische Nothwendigkeit, das Recht eines Andern durch eine dasselbe nicht verletzende, also negative Handlungsweise — Beschränkung des Triebes — zu beachten. Dem Rechte des Einen steht nicht der Wille oder die praktische Vernunft, sondern nur der, dieser widerstreitende Trieb aller Andern entgegen oder feindlich gegenüber. Die Rechtspflicht besteht daher vorzugsweise in der vernünftigen Nothwendigkeit, die einem Rechte des Andern gegenüberstehende, der Vernnnft widerstreitende praktische Sinnlichkeit jenem gemäß zu beschränken. (§. 25. 28 — 31. ff.)

§. 46.

Affirmative und negative Qualität des Rechts und der Rechtspflicht.

Ein Recht ist in der Regel affirmativ d. h. es berechtigt zu positiven Handlungen. Dieß ergiebt sich schon aus dem Begriffe von „Vermögen oder Fähigkeit, äußerer Freiheit und von Handlung." Denn eine jede Thätigkeit und Handlung ist ursprünglich positiv oder afffrmativ, ein Etwas, etwas Empirisches, in Raum und Zeit Existirendes, daher aber nothwendig Positives, nicht etwas Negatives oder ein Nichts. Nur ihrer äußern Erscheinung im Raume nach sind die Handlungen bisweilen negative, nicht aber ihrem Ursprunge und Wesen nach. (§. 25. 26. 11. 37.) Die Rechtspflicht aber, als dem, in der Regel affirmativen Rechte entgegengesetzt, kann nach dem Satze des Widerspruchs in der Regel nur negativ sein und darin bestehen, das Recht des Andern nicht zu verletzen. Der höhere Grund dieser affirmativen Qualität des Rechts und der negativen der Rechtspflicht liegt theils in der Qualität des Triebes oder der praktischen Sinnlichkeit, theils, wie gezeigt, in dem Wesen der Thätigkeit und Handlung. Der Inhalt oder das nächste und unmittelbare Object der Rechtspflicht nämlich ist der dem Rechte, oder der vernünftigen äußern möglichen Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit Anderer entgegenstehende und daher zu beschränkende oder zu hemmende (zu zähmende) Trieb. Dieser ist aber nach der Verschiedenheit des Objects bald Gefallen, bald Mißfallen, bald Zuneigung, bald Abneigung, bald Begehrung, bald Verabscheuung (§. 25.) Ist jener Trieb, wie in der Regel, von der ersten Beschaffenheit — Gefallen, Zuneigung, Begehrung —, also affirmativ und positiv, so ist die ihn beschränkende oder zähmende Handlung, folglich die Rechtspflicht negativ. Ist jener dem Rechte eines Andern entgegenstehende Trieb selbst negativ — Mißfallen, Abneigung,

Digitized by Google

Verabscheuung — so ist natürlich die Rechtspflicht positiv oder affirmativ, — alles nach dem Satze des Widerspruchs. Es ist daher nicht wahr, daß die Rechtspflicht ursprünglich blos[1] negativ sei, wenn sie es auch vorzugsweise ist. — Auch äußerlich negativ erscheinende Handlungen bedürfen natürlich zu ihrem Ursprunge oder ihrer Entstehung der (stets) positiven Thätigkeit des Willens und praktischen Vermögens. (§. 11. not. 1. §. 26. 27. a. E. §. 27. Anm.) Dergleichen positive Rechtspflichten sind gewiß enthalten im C. G. B.[2] Art. 1. 39. 40. 46. 47. 86. 119. 127. 241. 245. 266. 278. 311. 316. 325.; indirect auch in Art. 85. 112. 114. 116., nicht aber in Art. 36. 38. 84. 88. 130[2]. 131. 216. 258. 259. 263. 315. 322. 262. 265[2]. In Bezug auf die Verletzung ist aber kein Unterschied zwischen negativen und positiven (Unterlassungen) Rechtspflichten[3].

§. 47.

Die einzelnen wesentlichen Merkmale des Rechts und der Rechtspflicht sind zwar ebenfalls schon im Begriff des Rechts (§. 37.) enthalten und anderwärts aufgezählt. Allein theils ist diese Aufzählung nicht immer genau und vollständig, theils auch grade in einer Wissenschaft des Strafrechts nicht nur formell, zur Begründung derselben, sondern auch vorzugsweise materiell wichtig, wie bei der folgenden Darstellung eines jeden einzelnen wesentlichen Merkmals des Rechts und der Rechtspflicht bei einem jeden durch Beispiele aus dem (sächsischen) Strafrechte gezeigt werden soll. Endlich ist dieselbe auch deshalb wichtig, weil sie die Darstellung des Thatbestandes oder des Begriffes und Wesens der Verbrechen abkürzt, vorbereitet und berichtigt, indem bisher einzelne Merkmale der Verbrechen gar nicht (s. §. 49. 50. 52—69), andere als diesen eigenthümliche oder besondre aufgezählt worden sind, die schon dem allgemeinen Begriffe des Rechts wesentlich angehören, z. B. das der Freiheit und das der theoretischen Intellectualität des Willens[1]

1) wie bisher wohl allgemein behauptet wurde. S. z. B. Hepp, Arch. d. C. R. Neue Folge 1837. S. 30. f. Schilling, i. a. W. §. 17. S. 31.

2) S. Krug, Studien d. C. G. B. 1838. II. 53. f. 58. 176. — l. 189. d. V. S. 50, 16. l. 7. 14. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. P. G. O. Art. 178. Hepp, Arch. d. C. R. Neue Folge 1837. S. 30. C. G. B. Art. 1. 69. — R.-P. O. v. 1577. T. 1. §. 6.

3) l. 2. 6. d. lege Pomp. 48, 9. l. 9. §. 1. d. lege Corn. d. fals. 48, 10.

1) zusammen „Zurechenbarkeit" genannt. S. z. B. Wächter, Lb. d. Röm. Teutschen Straf-R. §. 66. ff. S. 108.

Digitized by Google

(ſ. unten §. 63. 64. ff. 149. ff. 200.), das der Aeußerlichkeit der Handlung [2]), vergl. §. 69. 148. Zugleich wird durch dieſe Darſtellung der Umfang des Strafrechts und der Verbrechen ſchon durch den bloßen Begriff, Grund und Zweck des Rechts beſtimmt und ebenſo praktiſch gezeigt die bisweilen zu große Allgemeinheit der Ausdrücke in unſern Strafgeſetzbüchern. Denn unter dieſelben fallen oft ſogar z. B. rein theoretiſche Handlungen des theoretiſchen Vermögens als ſtrafbare. Hier iſt die einſchränkende Erklärung der Geſetzesworte nach dem wahren Willen des Geſetzgebers in Gemäßheit der bereits feſtſtehenden, von der Vernunft, der Wiſſenſchaft und dem poſitiven Rechte a priori beſtimmten Erforderniſſe einer Rechtshandlung anzuwenden. (S. unten §. 212.) [3]).

§. 48.

I. Subject des Rechts und der Rechtspflicht

iſt und kann nur ſein ein 1) ſinnliches und zugleich 2) vernünftiges Weſen. Denn das Recht ſetzt ſeinem Grunde, Begriffe und Zwecke noch voraus eine Sinnenwelt, innere und äußere Freiheit, Vernünftigkeit und Sinnlichkeit (§. 35. 37—39.) Daher kommt Weſen ohne Sinnlichkeit, z. B. Gott, Engeln, Geiſtern, und Weſen ohne Vernunft, z. B. Thieren, die Eigenſchaft, Subjects des Rechts zu ſein, oder die Perſönlichkeit und Rechtsfähigkeit eben ſo wenig zu, als ſie Rechte haben, Rechtspflichten verletzen und deshalb beſtraft werden können. Die Verletzungen der Ehrerbietung gegen die Religion [1]) werden daher nicht, wie römiſche, teutſche und ältere ſächſiſchen Geſetze [2]) annahmen und ältere Criminaliſten [3]) glaubten, als Verbrechen (Injurie) gegen die Gottheit, als crimen ecclesiae maiestatis oder laesae majestatis ſondern als Verletzungen des Rechts des Staats auf Beförderung der Religioſität — (ſ. unten §. 221.) beſtraft. Eben ſo

2) ſ. z. B. Wächter, i. a. W. §. 48. S. 81. ff.

3) Mittermaier, zu Feuerbach, 13te Aufl. 1840. §. 21. not. S. 46. Ueb. d. neueſt. Zuſt. d. C.geſetzgeb. 1825. S. 164. ff. Arch. d. Crim. R. 1836. S. 613. ff. Schüler, Beiträge z. Beurtheil. d. C. G. B. 1839. S. 85. 89. 91. 95.

1) C. G. B. VIII. Capitel. Art. 183—193. u. Art. 253.

2) nov. 77. cap. 1. — c. 1. C. Th. 16, 4. „quod religione divina committitur, in omnium fertur iniuriam.“ c. 40. C. Th. 16, 5. c. 12. C. Th. 16, 10. — cap. 2. X. V, 26. Reichsſchl. v. 1495. R. P. O. v. 1530. 1548. u. 1577. T. 1. §. 1. P. G. O. Art. 106. — Torgauer Ausſchr. v. 12. Novbr. 1550. u. v. 8. Mai 1583. Pol. O. v. 22. Juni 1661. dec. 75. v. 1661. (C. A. I. 28. 138. 1566. u. 332.)

3) ſ. Wächter, i. a. Lb. §. 231. not. 48. S. 539. ff.

Digitized by Google

wenig ist die Thierquälerei [4]) ein Verbrechen gegen Thiere, sondern eine Verletzung des Rechts der Staatsgewalt auf Beförderung der Sittlichkeit [5]) (s. unten §. 221.). — Lebendigkeit — oder gar Lebensfähigkeit des Subjects des Rechts braucht nicht als besonderes Merkmal desselben aufgeführt zu werden, da es schon in dem Erfordernisse der Sinnlichkeit und Vernünftigkeit liegt, wohl aber — wenigstens nach manchen positiven Rechten, z. B. nach dem römischen, vielleicht 3) Anerkennung des sinnlich-vernünftigen Wesens als einer Person von Seiten der Staatsgewalt.

§. 49.

II. Grundbedingung des Rechts. Beisammenleben der Rechtssubjecte in der Sinnenwelt.

Eine Grundbedingung des Rechts ist ferner das Beisammenleben oder die Coexistenz der sinnlich-vernünftigen Wesen in der Sinnenwelt. (§. 12. 28. 29.) Den Grad der Nähe des Beisammenlebens der Menschen bestimmt die Wirklichkeit der gegenseitigen Wechselwirkung oder die äußere Thätigkeit der praktischen Sinnlichkeit und des Willens zweier oder mehrerer Menschen. Sobald diese sich begegnet und Einer auf den Andern wirkt, von da an entsteht die Coexistenz dieser Menschen und mit ihr der Grund, Zweck und die Nothwendigkeit und das Dasein des Rechts. (§. 28—32.) Ein, auf einem von der praktischen Sinnlichkeit und dem Willen Andrer bei ihrer äußern Thätigkeit noch nicht erreichten oder unerreichbaren besondren Raume der Sinnenwelt lebender Mensch hat daher keine Rechte und keine Rechtspflichten (wenn auch die allgemeine und formale Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit) vielmehr ist seine äußere Freiheit und die Andrer in Bezug auf ihn unbeschränkt. Denn Niemand hat Rechte und Rechtspflichten gegen sich selbst. Niemand kann daher an und gegen sich selbst eine Rechtsverletzung oder ein Verbrechen begehen. Daher ist in der Regel der Versuch des Selbstmords und dieser selbst weder eine Verletzung einer Rechtspflicht gegen sich selbst noch (der erstere) strafbar [1]) und wenn ja eine Rechtsverletzung und — natürlich nur als

4) C. G. B. Art. 310.

5) Blos so kann man die rechtlichen Strafen von Verletzungen der Sittlichkeit rechtfertigen, ohne diese unbestimmt zu lassen und zu weit auszudehnen. Wie aber „die Sitte u. Sittlichkeit" selbst ein „Recht ist und hat" — wie Abegg, Lb. §. 8. S. 20. sagt, leuchtet nicht ein. Vgl. unten §. 212. ff. Abegg's (ebd. §. 101. S. 160.) Begriff von Recht: „alles Allgemeingültige, Objective, Bestehende" ist viel zu weit u. dasselbe mit der Moral vermischend."

1) Motiven z. C. G. B. S. 97. Zeitschr. f. Rechtspfl. III. Bd. S. 572. l. 9. §. 7. d. pecul. 15, 1. „licet etiam servis naturaliter in suum corpus

Digitized by Google

unvollendete — strafbar, wie bei Soldaten [2]) oder Militairpflichtigen, dann gerade so, wie die Selbstverstümmelung [3]), nicht Ver-

---

saevire.“ l. 3. pr. §. l. 3. 4. 6. 8. d. bon. cor., qui ante sent. 48, 21. c. l. cod. 9, 50. l. 45. §. 2. d. iure fisci 49, 14. l. 6. §. 7. d. inj. rupt. 28, 3. l. 11. §. 3. d. his, qui not. 3, 2. Pauli sent. rec. V. t. 12. §. l. Wächter, N. Arch. d. C. R. X. B. nr. 4. II. 24. S. 263. XI. B. S. 145. Besonders war der Versuch des Selbstmords straflos, wenn der Kaiser die Gründe des letztern genehmigt hatte. Nur sollte der Selbstmord kein Mittel sein, sich einer anderweiten und nach dem Tode noch vollstreckbaren Strafe, z. B. der Confiscation, zu entziehen. Auch sollte der Selbmord eines peinlich Angeklagten für Geständniß und Verurtheilung gelten, die Confiscation daher in jenem wie in diesem Falle dennoch geschehen. Auch in Sachsen haben die Erben eines Verurtheilten Geldstrafen, Kosten und Schäden aus dessen Vermögen zu bezahlen so wie Ersatzgelder. (C. G. B. Art. 74. Zollstrafgef. v. 3. Ap. 1838. §. 46. Steuerstrafgef. v. 4 Ap. 1838. §. 54. S. Meinen Cod. Saron. I. S. 460. „Erben.“) — Auch nach kanonischem Rechte, (can. 12. C. 23. q. 5. c. 11. 12. X. d. sepult.) und nach P. G. O. Art. 135. war der Selbstmord nicht rechtswidrig, doch kam der Selbstmörder nach jenem in den Todtenbann. — Das ältere sächs. Recht bestrafte den Versuch des Selbstmords mit Gefängniß oder Handarbeit, nach Umständen noch härter. Ein Selbstmörder sollte — nach den ältesten Gesetzen — falls er sich im Bewußtsein eines Verbrechens entleibt habe, unehrlich, außerdem aber abgesondert in aller Stille begraben oder an's anatomische Theater abgeliefert werden. Nach spätern, heute noch geltenden Gesetzen sind die Leichen aller Selbstmörder, die sich nicht in Geisteskrankheit tödten, und aller im Gefängniß verstorbenen und eines Capitalverbrechens geständiger oder überführter an die anatomischen Anstalten abzuliefern, soweit die Umstände und die Beschaffenheit des Leichnams es gestatten. (Bef. v. 15. Juli 1662. 13. Mz. 1719. Bef. v. 12. Ap. 1723. Dec. v. 17. Mai 1745. Ausz. a. d. Landt.absch. v. 24. Mai 1763. Bef. v. 19. Octb. 1763. M. v. 20. Nov. 1779. R. v. 8. Juni 1794. (C. A. I. 862. 993. 1009. 1. F. I. 83. 235. 865. 2. F. I. 757 u. 259.) M. v. 20. Febr. 1740. (1. F. I. 661.) B. v. 6. Juli 1716. (C. A. I. 947.) Publ. v. 23. Dcbr. 1814. (Gen. Gouv. Bl. S. 677.) B. v. 4. Juli 1829. (S. 115.) Nach Oesterr. Ges.b. über schwere Polizeiübertret. §. 90. soll, wer aus Reue vom Selbstmord abstand, von der Obrigkeit ermahnt, wenn die Ausführung gegen seinen Willen unterblieb, in sicheren Verwahrsam gebracht werden, bis er dauerhafte Besserung erwarten läßt. Die Leiche des Selbstmörders wird an einem, außer dem Leichenhof gelegnen Orte still verscharrt. Nach Preuß. Land.-R. II. T. 20. §. 803. soll der Selbstmörder zwar nach dem Tode nicht beschimpft, aber der sonstigen Auszeichnungen verlustig werden. Der Versuch ist straflos. (R. v. 5. Octbr. 1796. in Mannkopf. S. 361.) Im bairischen, württemb. u. s. w. Strafgef.b. kommt nichts über Bestrafung des Selbstmordes vor. Nach französischem Rechte ist Selbstmord kein Vergehen. (Hellie, théorie du Code pénal V. p. 232.). Der Cassationshof hat (durch arrêts v. 18. Novbr. 1827. u. 23. Juni 1838.) die Beihülfe zu Selbstmord als Tödtung strafbar erklärt, ohne Gesetz. S. über diese unten bei der Tödtung eines Einwilligenden. Mittermaier, zu Feuerbach, §. 241. not. I—IV. S. 353. §. 243. not. I—III. S. 355. — S. noch über den Selbstmord G. W. Hermann, de autochiria, Lpz. 1821. — Abegg, Untersuch. aus d. Gebiete der Strafrechtsw. 1830. S. 77. Heinroth, Syst. d. psychischen Medicin, 1825. S. 302. Osiander, üb. d. Selbstmord, Hannover, 1813.

2) l. 3. l. 38. §. 12. d. poen. 48, 19. l. 6. §. 7. d. R. M. 49, 16. l. 34. pr. d. test. mil. 29, l. l. 3. pr. §. l. de bon. cor., qui ante sentent. 48, 21.

3) Mil. Strafgef.b. v. 5. Ap. 1838. §. 84. C. G. B. Art. 144. —. l. 6. §. 7. l. 4. §. 10. 11. d. R. M. 49, 16. c. 4. 5. 10. C. Th. d. tironibus. 7, 13. Die Bestimmungen über das Dulden von Castrationen (— qui se sponte

Digitized by Google

letzung einer Rechtspflicht gegen sich selbst, sondern Verletzung der Rechtspflicht eines Staatsgenossen gegen die Staatsgewalt, welche ein Recht auf dessen persönliche Leistungen, z. B. Militairdienste (§. 221.), hat.

§. 50.

III. Möglichkeit des Zusammenlebens.

Schon aus dem Begriffe, Grunde, Zwecke und der Grenze des Rechts (§. 32. 34—37.) ergiebt sich als eine andere Grundbedingung des Rechts die physische und psychische Möglichkeit [1]) der Coexistenz eines jeden Einzelnen und aller Menschen in der Sinnenwelt als vernünftiger und sinnlicher Wesen mit körperlicher und geistiger Integrität und gleicher äußerer Freiheit und Thätigkeit, indem jene Zweck, d. h. Erreichung der Bestimmung aller einzelnen Menschen, diese Mittel zur Erreichung derselben ist. (§. 31. 32. 34—37). Ist daher diese Coexistenz, Integrität, Freiheit und Gleichheit für einen jeden Einzelnen wie für Alle unmöglich oder nur durch die Unterdrückung, Vernichtung oder ungleiche Beschränkung eines Einzelnen möglich, so hört Grund und Zweck des Rechts so wie dieses selbst und die Rechtspflicht für diesen Einzelnen gegen alle Andern auf. (§. 33. 34.) Es findet dann zwischen diesem Einzelnen und allen Andern kein Rechts-Verhältniß mehr Statt, sondern nur noch ein thatsächliches — das Recht des Stärkern — und ein moralisches, weder Unrecht noch Recht, weder Verbrechen noch Rechtsverletzung. Der Selbsterhaltungstrieb und die, die Erreichung der Bestimmung des Menschen fodernde Vernunft des Einzelnen stimmen dann mit einander überein, nämlich in der Erhaltung seines physischen, geistigen und sittlichen Daseins zur Erreichung seiner Bestimmung. (§. 28.) Zu

castrandum — excidendum praebet,) widersprechen dem nicht. (l. 4. §. 2. a. E. ad. l. Corn. d. sicar. 48, 8.) —. Die spätern C. 4, 22. d. Eunuch. u. nov. 142. sprechen nur von Castration der Sklaven. (s. auch nov. Leon 60. — Das Gener. v. 7. Ap. 1768. §. 12. d. Nachliefer. der zurückgebliebenen Landrekruten betr. (l. F. l. 1243.) — Bei den alten Griechen galt Selbstmord als etwas die Gemeinde Verunreinigendes und daher öffentlicher Rüge Unterliegendes. (Platon, von d. Ges. 9, 873. C. Aristot. Nik. Eth. 3. 7.). Doch wurde in Messalia u. Kios Schierling in öffentlichem Gewahrsam gehalten, damit sich davon Bürger aus einem triftigen Grunde, z. B. auch wegen eines Alters über 60 Jahre, das Leben nehmen konnten. (Valer. Mar. 2, 6, 3. Strabo, 10, 486. Ael. V. G. 4, 36.) In Athen wurde des Selbstmörders Hand vom Rumpfe getrennt und besonders begraben. (Aesch. g. Kles. 636.) Platon, Ges. 9, 873. C. gebietet Beerdigung an unfruchtbarer, einsamer Stätte, ohne Grabsäule. (Arist. Nikom. Eth. 3, 11.)

1) l. 19. d. legg. I, 3. l. 188. §. 1. d. R. I. 50, 17.

Digitized by Google

dieſer Suspendirung oder Aufhebung des Rechts und der Rechtspflicht, ſo wie der Strafloſigkeit von Handlungen im Staate genügen auch nach der Vernunft und dem poſitiven Rechte [2]) (§. 33. §. 34.) ſchon „bloße Drohungen mit gegenwärtiger, dringender, unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben eines Menſchen ſelbſt oder ſeiner Angehörigen oder die gegründete Beſorgniß ſolcher Gefahren und die Rettung aus ſolchen", z. B. Unmöglichkeit des Broderwerbs, der Selbſterhaltung. Deshalb ſind Beſchränkungen der Staatsgenoſſen in ihrem Broderwerbe, in der Wahl ihres Berufs und in ihrer körperlichen, geiſtigen und ſittlichen Ausbildung bedenklich [3]). (§. 90. 103—105. 119. 133.). Eine Ausnahme des poſitiven Rechts von dieſer Suspendirung des Rechts bei der phyſiſchen Unmöglichkeit der eignen Selbſterhaltung findet nicht einmal, wie man geſagt hat, im Kriege und bei Soldaten [4]) ſtatt. Denn in dieſem iſt allerdings die Möglichkeit des Zuſammenlebens zweier feindlicher Heere und der beiderſeitigen ſich gegenüberſtehenden Soldaten in und während der Schlacht und während des Kampfes, aber auch nur da und ſo lange gegenſeitig aufgehoben oder mindeſtens dermaßen bedroht, daß dieſe Bedrohung einer Aufhebung gleichkommt. Folglich iſt dann auch das Recht, zu leben, und die Rechtspflicht, nicht zu tödten, aufgehoben. Aber nur zwiſchen den beiden feindlichen Soldaten, nicht zwiſchen den Soldaten eines Staats und dieſem iſt die Möglichkeit des Zuſammenlebens aufgehoben, folglich auch nicht das Recht; ungeachtet des Gebots des Staats an den Soldaten, in die Schlacht zu gehen und nicht von ſeiner Stelle zu weichen. Denn dieſes Gebot hebt die Möglichkeit des Lebens des Soldaten noch nicht wirklich auf, folglich auch nicht das Recht und die Rechtspflicht des Soldaten. Nur feindliche Heere und Soldaten können ſich in der Schlacht ohne Unrecht, aber auch ohne Recht, tödten.

§. 51.

IV. Nächſtes und unmittelbares Object oder Inhalt des Rechts — eine Handlung.

Zum Begriffe des Rechts iſt ferner als deſſen nächſtes und unmittelbares Object oder als Inhalt erforderlich eine ſtets poſitive Hand-

2) S. Ueberhaupt, Vaillant, in der §. 29. not. 7. angef. Diss. p. 130. 146. Code pénal, Art. 64. Oeſterr. Geſ.b. Art. 2. Preuß. Land-R. II. Tit. 20. §. 19—21. Baier. Geſ.b. Art. 121. nr. 7. Württemb. Str.geſ.b. Art. 101. u. oben. §. 30. 31.

3) Verf. Urk. v. 4. Sept. 1831. §. 64.

4) l. 6. §. 3. 9. d. R. M. 49, 16. — l 1. §. 2. d. Sc. Silan. 29, 5.

Digitized by Google

lung oder die Aeußerung der Kraft des Rechtssubjects als eines sinnlichen und zugleich vernünftigen Wesens in der Sinnenwelt. Daher sind alle Ereignisse oder Wirkungen der Natur als Ursache — Zufall, casus (§. 28. 29.), vom Begriffe des Rechts ausgeschlossen. (§. 37. Anm. §. 46. 162. 1.)

§. 52.

V. Eine Handlung des Körpers und Sinnes.

Die ganze, auch die geistige Thätigkeit des Menschen ist an die Mitwirkung des Körpers gebunden (§. 10. 16.), insbesondre aber die Thätigkeit der (theoretischen oder praktischen) Sinnlichkeit. Zur innern und insbesondre zur äußern Freiheit und zur rechtlichen Thätigkeit gehört Thätigkeit eines sinnlich-vernünftigen Wesens in der äußern Sinnenwelt. (§. 28—32.) Eine Handlung des Rechts und der Rechtspflicht darf daher nicht blos und rein geistig, auch nicht blos eine Handlung der (theoretischen u. praktischen) Intellectualität und Rationalität, sondern sie muß zugleich mit (jedoch nicht blos) eine Thätigkeit des Körpers und der Sinnlichkeit als eines Mittels oder Instrumentes, z. B. der Zunge oder des Mundes bei mündlichen, der Hand bei schriftlichen Ehrverletzungen, sein. Denn dem Rechte des Einen steht ja die praktische Sinnlichkeit des Andern gegenüber und der Inhalt oder das nächste und unmittelbare Object der Rechtspflicht ist ja der Trieb (§. 28. 29. 31. 35. 37. 85.). Diesem muß es daher möglich sein, auf die Handlung des Rechts einzuwirken, sie zu verletzen; folglich muß sie eine körperliche und sinnliche zugleich mit sein. (§. 34.) Natürlich muß der Gebrauch der Körperkräfte auch von der Willkühr der Handelnden abgehangen haben, (äußere oder physische Willkühr) [1]) und der Körper nicht blos zum Werkzeuge einer andern stärkern Gewalt von einem Menschen oder [2]) sonst woher gedient haben, (vis absoluta, mechanische Gewalt. (S. §. 28—31.)

§. 53.

Allgemeine Anwendung dieses Merkmals auf das Strafrecht.

Aus diesem Grunde (§. 52.) sind alle rein geistigen Handlungen und jede Thätigkeit des bloßen Geistes der Menschen und eines jeden rein geistigen Vermögens, daher des Verstandes, (des Begriffs-Urtheils- und Schlußvermögens), der theoretischen Vernunft,

1) c. 5. X. d. his, quae vi. 1, 40. — C. G. B. Art. 69. — Baiersch. Strafgesb. I. Art. 121.
2) l. 13. §. 7. l. 39. pr. ad. l. Jul. d. adult. 48, 3. c. 20. eod. 9, 9.

Digitized by Google

des Scharfsinnes und des Witzes, (im reinen psychologischen Sinne) so wie der Einbildungskraft, nicht minder alle Handlungen des bloßen praktischen Willens und der bloßen praktischen Vernunft, mithin alle Gedanken, Vorstellungen, Begriffe, Urtheile, Schlüsse, Vergleichungen, Forschungen, so wie alle bloßen Entschlüsse und Vorsätze vom Begriffe und Gebiete des Rechts, also auch des Strafrechts,[1]) (§. 146.) ausgeschlossen, (Gedanken sind zollfrei. Das gewöhnliche Sprichwort „actus non facit reum, nisi mens sit rea" gilt daher auch umgekehrt: Mens (sola) non facit reum, nisi et actus sit reus.) Dieses Merkmal der Ausführung einer Handlung des Rechts durch körperliche Kräfte, Organe, Mienen, Bewegungen und Glieder, vorzüglich durch die Zunge oder den Mund, (z. B. Auf-, Herausfoderung, Verschwörung, Verabredung, Verbindung, Aeußerung, Nichtanzeige, Bedrohung, Verleitung, Verheimlichung, Verschweigen, Aussage, Verbreitung von Nachrichten, Verletzungen der Ehre und der Ehrerbietung gegen die Religion — mit Ausnahmen —) die Hände (durch diese werden die meisten Verbrechen begangen) u. s. w. versteht sich ohne alle ausdrückliche Andeutung in den Gesetzen, auch im Strafrechte so sehr von selbst, daß man z. B. bei der Durchmusterung des letztern und der einzelnen Verbrechen sieht, wie kein einziges ohne irgend eine körperliche Handlung begangen werden kann und physisch möglich ist.

§. 54.

Besondre Anwendung dieses Merkmals auf negative Handlungen.

Das Merkmal der Körperlichkeit von Handlungen des Rechts ist auch auf negative oder Unterlassungen, mithin auch auf Unterlassungen und Verletzungen positiver Rechtspflichten (§. 44.)

1) C. G. B. Art. 29. „Handlungen, wodurch die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens erst vorbereitet, aber noch nicht angefangen worden, unterliegen keiner Strafe, insofern sie an sich selbst nicht strafbar sind." — Luzern, Art. 34. Würtemb. Strafges. B. Art. 63. — Der Code pénal, Art. 2. Oesterr. Ges. B. Art. 7. Preuß. Land. R. Th. II. T. 20. §. 39—44. Baiers. Ges. B. Art. 60—62. Zürich, Art. 43. Basel, Art. 11. strafen mehr oder weniger auch bloße Vorbereitungshandlungen. — l. 18. d. poen. 48, 19: „Cogitationis poenam nemo patitur." l. 53. §. 2. d. V. S. 50, 16.: „nec consilium habuisse nocet, nisi et factum secutum fuerit." l. 225. eod.; „Fugitivus est, non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum iactaverit; sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit; nam et furem, adulterum, aleatorem, quanquam aliqua significatione ex animi propositione cuiusque sola quis dicere possit etiam hunc, qui nunquam alienam matremfamilias corruperit, si modo eius mentis sit, ut occasione data id commissurus sit, tamen oportet eadem haec crimina assumto actu intelligi; et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu

anwendbar und auch hier wesentlich. Es genügt nämlich auch hier nicht die bloße geistige Absicht, der bloße Vorsatz oder Entschluß der Unterlassung, der Verletzung der positiven Rechtspflicht.[1]) Denn sonst wäre die Unterlassung und Nichterfüllung schon mit diesem rein geistigen Vorsatze geschehen und vollendet und consequent die Erfüllung ebenfalls schon mit dem bloßen Vorsatze oder Entschlusse der Erfüllung, ungeachtet der körperlichen, unzurechenbaren, vom Verpflichteten bewußt- und willenlos geschehenen (körperlich unmöglich gewesnen) Erfüllung (und bezüglich Nichterfüllung). Vielmehr gehört auch zu negativen Handlungen oder Unterlassungen des Rechts eine körperliche Unterlassung. (§. 11. 38. Anm.)

§. 55.

VI. Eine Handlung des Geistes.

Zum Begriffe einer Handlung des Rechts gehört aber auch ferner eine Thätigkeit des Geistes[1]) oder eines rein geistigen Vermögens,[1]) (insbesondere Wissen und Wollen; actus non facit reum, nisi mens sit rea.) Für ein solches kann aber die Sinnlichkeit oder der Sinn nicht gelten, da dieser gleichsam ein gemischtes Vermögen, körperlich und geistig zugleich ist. (§. 16.) Daher sind alle rein körperlichen Verrichtungen und alle Aeußerungen rein körperlicher Kräfte vom Begriffe des Rechts und Strafrechts ausgeschlossen; ebenso auch alle Wirkungen eines durch absolute körperliche Gewalt zu ihnen als willenloses, mechanisches Werkzeug genöthigten Menschen als blinder Ursache. (§. 28. 31. 52.)

§. 56.

VII. Eine Handlung des praktischen Vermögens.

Nicht eines jeden geistigen Vermögens Aeußerung ist Object des Rechts, sondern diese muß eine praktische Handlung des praktischen Vermögens, nicht eine theoretische, des theoretischen Vermögens sein. (§. 17. 53.) Dieß in einer dreifachen Beziehung: Nämlich eine Handlung des Rechts muß dem praktischen Vermögen angehören 1) ihrem Ursprunge, Grunde oder ihrer Quelle nach,

---

intelligi constat." — P. G. B. Art. 178. „scheinliche Werke." S. §. 146. Entgegen sind nicht l. 14. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. vergl. mit l. 16. §. 18. d. poen. 48, 19. u. l. 53. d. furt. 47, 2.

1) S. Krug, Studien d. C. G. B. 1838. II. S. 54. f.

1) Außerdem ist gar keine Handlung vorhanden. l. 5. §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. l. 9. §. 3. d. min. 4, 4. cap. 23. d. R. J. in VI.

Digitized by Google

2) nach ihrem Inhalte, Stoffe und Gegenstande und 3) ihrer Richtung und Tendenz nach. Daher können Vorstellungen, Begriffe, Urtheile, Schlüße und alle Resultate eines bloßen theoretischen Vermögens, der Kunst und Wissenschaft selbst eben so wenig als die theoretische Mittheilung und Verbreitung derselben als solcher und als Gegenstände des theoretischen, nur nach Wahrheit strebenden Vermögens des Mittheilenden für dieses, für das theoretische und nicht für das praktische Vermögen des Andern, also auch ohne praktische Tendenz, also alle theoretische Belehrung und aller Unterricht über alle Wissenschaften, also auch über Staatsrecht, Staatswissenschaften, Politik, Staatsverwaltung, auch in Bezug auf einen gewissen einzelnen z. B. den sächsischen Staat, den deutschen Bund, weder Handlungen des Rechts sein, noch irgend Jemandes Rechte verletzen, noch als Verbrechen bestraft werden, auch nicht nach einem positiven Rechte. Wenigstens sind dergleichen Ausnahmen vom natürlichen und vernünftigen Begriffe des Rechts, also auch des Strafrechts, streng zu erweisen und eng zu erklaren. Hierzu kommt noch, daß das Vernunftrecht die Grundlage und Richtschnur des positiven ausmachen soll, was heutigen Tag's unbestritten ist.[1])

§. 57.

Anwendung dieses Merkmals auf d. Strafr.; 1) auf staatsgefährliche Handlungen.

Aus diesem Grunde (§. 56.) ist z. B. nach dem C. G. B. Art. 94. nur die (aus dem praktischen Vermögen des Verbrechers entsprungene und für das praktische Vermögen Andrer berechnete) Verbreitung und nur die „aufreizender" (d. h. ihrem Ursprunge und ihrer Tendenz nach dem praktischen Vermögen des Verfassers und der Leser angehörender) Schriften gegen die Regierung und Staatsverfassung und darum sind nur aufreizende Aeßerungen (praktischen Ursprungs und praktischer Tendenz) gegen dieselbe strafbar. Hiergegen ist auch nicht Art. 96. des C. G. B.[1]) Denn zuvörderst ist in demselben unter dem Gegenstande oder Inhalte der Verbreitung, unter dem Worte „Nachricht", nicht eine theoretische, wissenschaftliche neue Forschung und Mittheilung, z. B.

1) Schilling, in der angef. Einl. in d. Lb. f. Gesch. u. Instit. d. Röm. Priv.-R. §. 5. S. 8. — v. Rotteck, Lb. d. Vernunft-R. 1. B. §. 18. S. 58. f. §. 21. S. 68. ff.

1) „Wegen absichtlicher Verbreitung einer falschen, für den Staat nachtheiligen oder für die öffentliche Sicherheit beunruhigenden Nachricht ist auf Gefängnißstrafe bis zu einem Jahre zu erkennen." Ueber die zu große Allgemeinheit solcher Art.: Mittermaier, Ueb d. neuest. Zustand d. Crim. Ges. geb., 1825. S. 172. im Arch. d. Crim. R. Neue Folge, 1836. S. 613. ff.

Digitized by Google

über die oder aus der Wissenschaft des (sächsischen) Staats-Rechts oder der Staatsverwaltung, die auch für den Staat „nachtheilig" oder „die öffentliche Sicherheit beunruhigend" sein, scheinen oder werden kann, zu verstehen. Sondern „Nachricht" bedeutet hier die Mittheilung einer äußern Thatsache, als Resultat praktischer Thätigkeit, z. B. Verlust einer Schlacht, Staatsbanqueroutt u. s. w. Ferner muß die „Verbreitung der falschen Nachricht" eine praktische Mittheilung, nicht eine theoretische sein, d. h. das Resultat des praktischen, auf Verwirklichung von etwas Subjectivem (z. B. hier der Erkenntniß, des Wissens der falschen Nachricht) in etwas Objectives, hier auf irgend einen Nachtheil des Staats oder auf die Beunruhigung der öffentlichen Sicherheit gerichteten praktischen Vermögens. Diese Erklärung wird bestätigt durch das Beiwort „absichtlicher." Denn Absicht, verschieden von der theoretischen Erkenntniß oder Ueberzeugung, gehört dem praktischen Vermögen an. Jedenfalls reicht die bloße „Wissenschaft und Kenntniß von der Falschheit der Nachricht" nicht aus, wie Groß[2]) zu glauben scheint. — Wenn daher z. B. ein jugendlich eitler, bramarbasirender, gern prahlender Held blos — um sich wichtig zu machen — erzählt, er habe einen Anfall von zwei Räubern zurückgeschlagen und sie überwunden, so fällt dessen Vergehen nicht unter Art. 96. des C. G. B.; wohl aber nach einem Erkenntnisse des Appell. Ger. zu Leipzig, im Novbr. 1840. vor dem Kreisamte daselbst.

§. 58.

2) auf Staatsverrath.

Ferner sind im Art. 88. des C. G. B. unter „Handlungen, wodurch der Staat oder deutsche Bund benachtheiligt werden," nur praktische des praktischen Vermögens, sowohl ihrem Ursprunge und Inhalte als ihrer Richtung nach, zu verstehen. Denn theoretische Forschungen und Urtheile, z. B. über Ungerechtigkeit oder Ungleichheit gewisser öffentlichen Abgaben, über Zweck und Organisation des deutschen Bundes, können diesen und den sächsischen Staat benachtheiligen und wissenschaftlich mitgetheilt werden, ohne deßhalb strafbar zu sein. Ja, solche theoretische wissenschaftliche Forschungen und Urtheile fallen selbst dann noch nicht unter den Art. 88., wenn sie in der Absicht, um den Staat oder den deutschen Bund zu benachtheiligen, gefunden werden, weil, wenn und so lange sie rein

2) Das C. G. B. Bem. zu Art. 96. S. 133. und von Hartitzsch, zu Art. 96. S. 183.

Digitized by Google

theoretische sind. Wohl aber wird die Darstellung und Mittheilung solcher selbst wissenschaftlicher Urtheile in jener Absicht strafbar sein, weil sie dann ihrer Richtung und Tendenz nach praktisch, auf Verwirklichung der Theorie in etwas Objectives, in die Praxis, hier auf Benachtheiligung des Staates oder deutschen Bundes, gerichtet ist.

§. 59.

3) auf Ehrverletzungen.

Eben so ist ferner in Art. 194. u. 195. unter einer „Handlung, welche Jemanden in den Augen seiner Mitbürger herabzusetzen geeignet ist," eine praktische Handlung im Gebiete des Rechts oder der Moral, keine theoretische im Gebiete der Wissenschaft oder Kunst, z. B. eine Meinung, ein Urtheil u. s. w. zu verstehen. Eben so wenig fallen in der Regel dem Inhalte, Stoffe und Gegenstande nach theoretische Aeußerungen und wissenschaftliche Beurtheilungen eines Andern, seiner theoretischen Producte und Fähigkeiten, auch die von Behörden, Gerichten, Urtheln u. s. w.[1]), unter den Art. 198., wenn sie auch an sich oder nach der gemeinen Meinung Verachtung des Andern, d. h. hier natürlich nur Verachtung seiner Meinungen, seiner theoretischen, wissenschaftlichen, ästhetischen u. s. w. Bildung, Geringschätzung seiner theoretischen geistigen Anlagen oder Kräfte ausdrücken.[2]) Nur praktische Beurtheilungen eines Andern, d. h. seiner praktischen (strafbaren oder unsittlichen) Thätigkeit und seiner praktischen Thätigkeiten,[2]) z. B. seines (guten) Willens u. s. w. können unter den Art. 198. fallen, wenn sie nämlich Geringschätzung ausdrücken und eine praktische Richtung haben, Verwirklichung der subjectiven Geringschätzung auch bei Andern oder Objectivirung derselben bezwecken.

§. 60.

4) auf öffentliche Herabsetzung der Religion und Sittlichkeit.

Auch „die öffentliche Herabwürdigung von Gegenständen der Verehrung einer im Staate anerkannten Religion" ist nach Art. 193.

---

1) Hiergegen und falsch bestrafte die Juristenfacultät im Juni 1838. und das Appellationsgericht zu Bautzen im April 1840. den wahren, gegen ein Urthel des A. G. zu Leipzig gebrauchten Ausdruck der „Ungründlichkeit", „Seichtigkeit" und „Actenwidrigkeit."

2) S. Mittermaier zu Feuerbach's Lb. d. g. in D. g. peinl. R. 13. Ausg. 1840. §. 275. note, S. 398. zu §. 284. not. I. S. 405. Wächter, Lb. d. Röm. Teutsch. Straf. R. II. §. 153. not. 86. a. S. 91. ff. — Gänzliches Absprechen auch nur theoretischer Fähigkeiten, z. B. des Verstandes, der Urtheilskraft wäre Verneinung eines wesentlichen Merkmals der Rechts- oder Handlungsfähigkeit, daher allerdings eine Verletzung des Rechts auf Ehre. —

Digitized by Google

nicht ſtrafbar, wenn ſie ihrem Urſprunge oder ihrer Quelle oder ihrer Richtung nach eine theoretiſche, wiſſenſchaftliche, keine praktiſche, auf Verletzung des Anſehens einer Religion gerichtete iſt. Eben ſo iſt auch die Verbreitung mediciniſch-wiſſenſchaftlicher Schriften oder bildlicher Darſtellungen über „unzüchtige" Gegenſtände u. ſ. w. nicht nach Art. 309. ſtrafbar, obwohl dergleichen Schriften im höchſten Grade unzüchtig ſein können und ſind. Vielmehr iſt die Verbreitung ſolcher „unzüchtiger" Schriften nur dann ſtrafbar, wenn ſie zunächſt und nicht blos aus theoretiſchem Intereſſe zur öffentlichen Beſprechung, Beurtheilung oder Belehrung Andrer, — kurz, nicht für die theoretiſchen geiſtigen Fähigkeiten und mit dieſen, ſondern zur Erregung der praktiſchen Sinnlichkeit, zur Verführung und zum Verderbniß Andrer geſchieht, einen praktiſchen Zweck verfolgt. —

§. 61.

5) auf Art. 92. 99. 103. 322. d. C. G. B.

Daß durch Art. 92. 99. 103. nicht theoretiſche objective, wiſſenſchaftliche und geſchichtliche Beurtheilungen des öffentlichen- und Privatcharakters der daſelbſt bezeichneten Perſonen, vorzüglich aber der Regierungshandlungen derſelben verboten ſein ſollen, wenn ſie nämlich keinerlei praktiſche Tendenz haben, dieß verſteht ſich nach ausdrücklichen andern Geſetzen[3]) und nach dem, freilich eine petitio principii enthaltenden Beiworte „Ehrverletzende" von ſelbſt. Auch das „Benachtheiligen" in Art. 322. muß eine, ihrer Quelle, ihrem Inhalte und ihrer Richtung nach praktiſche Handlung ſein.

§. 62.

6) auf Unterlaſſungsverbrechen.

Vorzüglich iſt übrigens dieſes (§. 56.) Merkmal zu beachten bei negativen Handlungen oder Unterlaſſungen — poſitiver Rechtspflichten. Dieſe Unterlaſſung, die Nichterfüllung der poſitiven Rechtspflicht, muß nämlich ebenfalls nicht nur eine theoretiſche ſein, (z. B. von dem Augenblicke an, wo ſie erfüllt werden konnte und der Verpflichtete ſie kannte), ſondern ebenfalls ihrem Urſprunge, Inhalte und ihrer Richtung nach eine praktiſche.[1]) (§. 37. 46.)

Eben ſo iſt bei öffentlichen Beamten ſchon die bloße Geringſchätzung (noch vielmehr alſo das Abſprechen) amtlicher, auch nur theoretiſcher Fähigkeiten und Kenntniſſe, bei Ausübung des Amts, eine Verletzung der Amtsehre.

3) V. v. 13. Octbr. 1836. §. 10. ff. (S. 280 f.) v. 20. Decbr. 1838. (S. 489.)

1) Hiergegen fehlt Krug, Studien, II. S. 57. f.

§. 63.

VIII. Eine Handlung des Willens.

Nicht nur praktisch muß eine Handlung des Rechts sein, sondern auch insbesondere eine positive Handlung des Willens,[1] eine Wollung, eine positive Thätigkeit des Willens, (§. 11. not. 1. §. 26. a. E. §. 27. a. E. §. 37. Anm. §. 46. §. 51.) nicht eine Handlung des bloßen Triebes (§. 52.) oder der bloßen praktischen Vernunft, z. B. Aufstellung einer Regel, eines Grundsatzes des Handelns. (§. 27. 30.) Daher ist es auch weder ein Verbrechen, noch strafbar, wenn sich Jemand einen gesetz- oder rechtswidrigen Grundsatz seines Handelns bildet, um ihn auszuführen. Eben so wenig ist ein Recht, Rechtsverhältniß, eine Handlung des Rechts und eine Verletzung einer Rechtspflicht vorhanden oder möglich, wenn der Wille[1] keine Wahl (§. 26. 34. 50.) zwischen mehrern Handlungen und Gegenständen seiner Bestrebungen oder zwischen der Vernunft und dem mit ihr übereinstimmenden Triebe hat, Willkühr,[1] Widerstreit und Widerstand also weder vorhanden, noch möglich ist, (innere Willkühr, verschieden von der äußern oder physischen, §. 52, a. E.), wo daher der Trieb, z. B. der physischen Selbsterhaltung, allein nach seinem Gegenstande unmittelbar und unwiderstehlich, allein die Vernunft nach demselben Gegenstande strebt, also mit dem Triebe übereinstimmt. (§. 30. 31. f.) So ist z. B. im sog. „unverschuldeten, auf andre Weise nicht abwendbaren Nothstande" eine von der Vernunft ebenfalls gebotene Handlung „zur Rettung aus einer gegenwärtigen, dringenden Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder seiner Angehörigen",[2] z. B. in rechter Hungersnoth, („propter necessitatem famis vel nuditatis"[3] straflos. Nicht minder ist bei allgemeiner oder concreter Willenslosigkeit, z. B. bei Kindern, nur der Trieb thätig, der Wille noch nicht willensfähig und daher eine solche Thätigkeit keine Handlung des Rechts. (§. 152. und C. G. B. Art. 62. 66.) Ebenso sind von der Vernunft wie vom Triebe (§. 30. 31.) und positiven Rechte (§. 32—34.) gefoderte Handlungen oder Unterlas-

1) Nur hierdurch werden Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt. l. 6. §. 7. d. off. praes. 1, 18. l. 79. d. R. J. 50, 17. can. 102. C. XI. qu. 3. c. 6. C. XV. qu. 1. clem. 1. d. homicid. 5, 4. P. G. O. Art. 179. Etwas anderes ist der Verlust vorhandener Rechte. l. 5. §. 2. quib. mod. usustr. 7, 4. l. 8. pr. quib. mod. pign. 20, 6. §. 2. in f. d. inut. stip. 3, 20. l. 98. pr. l. 136. §. 1. d. V. O. 45, 1.

2) C. G. B. Art. 72. — c. 11. Dist. I. d. consecrat. cap. 4. X. d. R. J. 5, 41. c. 26. Dist. a. V.

3) cap. 3. X. d. furt. 5, 18. P. G. O. Art. 166. 175. — Groß, zu Art. 72. S. 129. v. Hartitzsch, zu Art. 72. S. 152.

Digitized by Google

sungen, „zu welchen Jemand durch Drohungen, die mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben („salutis periculum vel corporis cruciatum“ [4]) „timor maioris mali“ [5]) §. 151, c.) verbunden sind, oder durch begründete Besorgniß solcher Gefahren“, („metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius)“, [6]) oder auch durch, den Willen aufhebende Seelenkrankheiten [7]) genöthigt war, zwar mit freiem Willen unternommene, aber erlaubte Handlungen. (§. 30—34.) Aus diesen Beispielen, aus der Natur der Sache und dem positiven Rechte ergiebt sich, daß dieser Wille, zu handeln, wirklich, nicht blos möglich oder nothwendig, vorhanden gewesen sein muß. (§. 151. ff. 205 a.)

§. 64.

IX. Theoretische Intellectualität des Willens.

Der Mensch kann nur als sinnlich-vernünftiges Wesen in der Sinnenwelt auf das Objective außer sich wirken. (§. 10. 16. 35. 37. 52.) Der Wille des Menschen ist ferner ein intellectuales, nach Regeln, Zweckbegriffen und mit Bewußtsein thätiges Bestrebungs- und Handlungsvermögen. (§. 26.) Deshalb ist zur Thätigkeit des Willens als einem Gegenstande des Rechts wesentlich nothwendig, daß der Handelnde bei einer jeden einzelnen concreten Handlung des Rechts durch seine theoretische Sinnlichkeit und mit seiner theoretischen Intellectualität (dem Begriffs- Urtheils- Schlußvermögen) gekannt habe: A. im allgemeinen [1]) 1) sein eignes Dasein oder die Realität des Subjects, (Realprincip des Rechts,) 2) daß er praktisch und formal thätig sei oder handle (oberstes Materialprincip,) 3) die Realität von etwas Objectivem außer ihm, auf welches, und der äußern Sinnenwelt, in der er praktisch einwirke, 4) die ursprüngliche Doppelheit des Subjectiven und Objectiven (Synthetismus,) 5) die Gemeinschaft oder Wechselwirkung des Subjectiven und Objectiven oder die Möglichkeit der Einwirkung des Subjectiven auf das Objective, (Synthese,) [2]) 6) seine,

4) c. 13. d. transact. 2, 4. Wegen „Leib oder Leben“ vergl. C. G. B. Art. 132, nr. 3 u. 4. 137. 141. 144. 157. 163. 166. unten §. 151. c.
5) l. 3. 4. 5. 6. quod met. c. 4, 2.
6) l. 9. pr. eod. 4, 2.
7) C. G. B. Art. 69. c. 13. d. transact. 2. 4. can. 102. qu. 3. Caus. XI. c. 6. qu. 1. Caus. 15. (§. 50.)

1) Mittermaier zu Feuerbach's Lb., §. 88. not. c. S. 144. a. E. zu §. 57. not. 1. S. 97. ff. zu §. 54. not. 1. S. 91.
2) S. über diese fünf Gegenstände Krug's Fundamentalphilos. 2. Aufl. 1819. §. 36. ff. S. 48. §. 56. ff. S. 80. §. 67. S. 106. Feuerbach, Lb.

Digitized by Google

des Handelnden, Rechtsfähigkeit oder Persönlichkeit; (§. 48.) B. im besondern:[3]) 1) die bestimmte concrete Handlung nach ihrer äußern und objectiven Beschaffenheit oder Eigenschaften, 2) die unter A., 3. 4. 5. 6. angegebenen Erfordernisse, angewendet auf die concrete einzelne besondre Handlung, 3) das Verhältniß der Ursachlichkeit oder Causalität, in welchem sie als Wirkung zu ihm oder zu seinem praktischen Willen und Vermögen als Ursache steht, 4) die Außenwelt und den Gegenstand, auf den die Handlung gerichtet ist; 5) die Wirkung, die sie auf diesen (nach der Absicht, wenn auch nicht nach dem Erfolge) macht, subjectiv Zweck oder Absicht gen., 6) das (objective oder subjective, §. 41. 44.) Recht auf jene und zu jener Handlung.

§. 65.

Rechtfertigung.

Die allgemeinen Erfordernisse oder Gegenstände der theoretischen Intellectualität des Willens (§. 64. A.) sind Grundbedingungen einer jeden praktischen, nicht blos der rechtlichen Thätigkeit, (§. 149.), zugleich aber auch Grundüberzeugungen eines jeden Menschen, deren Wahrheit er eben bei seiner und durch seine Thätigkeit wahrnimmt, und die nur bei einer jeden einzelnen Handlung nicht fehlen oder gar in die entgegengesetzten[1]) verwandelt sein dürfen. Der Handelnde braucht daher nicht grade jedesmal sich ganz speciell und besonders der einzelnen Erfordernisse unter A in §. 64. zu erinnern.[1]) Sobald aber irgend eines oder mehrere derselben fehlen, wie z. B. bei Kindern, Wahnsinnigen, Rasenden, so ist eine solche Thätigkeit keine Willens-, keine Rechts-Handlung. (Ohne das fünfte allgemeine Erforderniß aber würden alle Handlungen bloße innere und bloße Versuche sein.) Dasselbe gilt von den besondern oder concreten Erfordernissen der theoretischen Intellectualität des Willens des Handelnden. (§. 67. B.) Ohne eines oder mehrere derselben sind die Thätigkeiten eines Menschen nur zufällige Ereignisse oder Wirkungen der physischen oder Sinnen- oder Körperwelt. So fehlt z. B. bei gebornen Blinden, Taubstummen gewiß oft das unter B, 1. 4. u. 5., weil sie die physische

13. Aufl., v. Mittermaier, 1840. §. 90. II. 1. 2. S. 145. u. die not. c. u. d. S. 146. angef.

3) S. z. B. Krug, Stud. d. G. G. B. 1838. I. S. 142. II. S. 49. ff.

1) wie bei d. Bewahrung d. Besitzes „animo" im bürgerlichen Rechte. l. 3. §. 6. l. 17. §. 1. l. 30. §. 4. u. l. 34. pr. d. A. v. A. P. 41, 2. v. Savigny, d. Recht des Bes. 5. Aufl. 1827. §. 30. S. 374. ff.

Digitized by Google

Möglichkeit und Fähigkeit, selbst zu prüfen, nicht haben und daher vom bloßen Hörensagen selten hinreichende subjective Ueberzeugung (§. 18. 200.) erlangen werden. — Uebrigens sind natürlich jene allgemeinen und besondern Erfordernisse nur formell und logisch verschieden, ihrem Wesen und Dasein nach aber eng verbunden. Endlich muß natürlich dieses Bewußtsein, diese Kenntniß oder Ueberzeugung stets wirklich, nicht blos möglich oder nothwendig, vorhanden gewesen sein.[2]) (§. 154. ff. 205. a.)

§. 66.

Grad der rechtlichen Ueberzeugung.

Welcher Grad[1]) der Ueberzeugung von den §. 64. aufgezählten Erfordernissen oder Gegenständen der theoretischen Intellectualität und der praktischen, insbesondere rechtlichen Thätigkeit ist im Handelnden erforderlich? Einsicht und Wissen oder Zuversicht und Glaube? Objective oder subjective Gewißheit? Oder bloße Wahrscheinlichkeit und bloßes Meinen? Oder gar das bloße Gefühl, die bloße Ahnung, der Zweifel, die Vermuthung, die Unentschiedenheit? (§. 18—24.) Diese Frage ist nicht nur von Wichtigkeit für das Privatrecht bei der Lehre und Frage von dem Dasein des der Ueberzeugung entgegengesetzten Wahnes, der Unwissenheit oder des thatsächlichen und Rechts-Irrthumes, oder bei der Frage ob und wann dieser oder Wissen, Bewußtsein vorhanden ist; ferner bei der Begründung des Gewohnheitsrechts durch, von Irrthum freie Handlungen; ferner bei der Lehre von den Erfordernissen rechtlicher Handlungen oder von Rechtsgeschäften, von Erwerbungen, Ausübungen u. s. w. der Rechte, da sie als Handlungen des Rechts und des Willens auch von theoretischem Bewußtsein begleitet sein müssen. Vorzüglich wichtig aber ist obige Frage in Bezug auf das Strafrecht bei der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit, von dem

2) l. 20. d. aq. et aq. pluv. arc. act. 39, 3. „Nulla voluntas errantis est.“ l. 15. d. iurisd. 2, l. 1. 2. pr. d. iud. 5, 1.

1) Alle Civilsten und Criminalisten, bürgerlichen u. Straf-Gesetzbücher übergehen diese Frage, obwohl manche von den letztern Grade des Bewußtseins unterscheiden. Allein sie bestimmen nicht die Gränze, bis zu welcher Wissen und von welcher an Unwissenheit oder Irrthum anzunehmen ist, oder nicht den niedrigsten — genügenden aber auch mindestens erforderlichen — Grad des Bewußtseins. Vergl. Mittermaier zu Feuerbach's Lb. 13te Aufl. 1840. §. 93. not. I. II. III. S. 162. f. §. 102b. not. I. S. 176. 177. — Hefftter, im N. Arch. d. Crim.-R. XII. B. VI. Abh. §. 1. 2. S. 131. f. S. 134. ff. — Deputat. Ber. der I. sächs. K. zu Art. 67. (65.) d. C. G. B. in den L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 76. f. v. Hartitzsch, zu Art. 67. S. 141. nr. 3.

Digitized by Google

Bewußtsein und rechtswidrigen Vorsatze, ferner von den Gründen der Minderung sowohl als der Milderung der gesetzlichen Strafen. Dieselbe Frage ist ferner auch wichtig für den Strafproceß und den Beweis in demselben. — Schon hier läßt sich jene Frage über den Grad der rechtlichen Ueberzeugung im allgemeinen, auch für das Strafrecht, beantworten. Zuvörderst ist die Vorfrage: Genügen alle angegebenen, auch die niedrigsten, Grade der Ueberzeugung im Handelnden für das Privat- wie das Strafrecht? zu verneinen und daher die anderweite Frage bestimmter so zu stellen: Welches ist der niedrigste, im Rechte ausreichende, aber auch mindestens erforderliche Grad der Ueberzeugung im Handelnden oder bis zu welchem ist Wissen, Bewußtsein (scire, sciens, conscientia, u. s. w.) und von welchem an ist Unwissenheit oder Irrthum anzunehmen? oder in näherer Beziehung zum Strafrechte: Welcher ist der niedrigste, zur Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit und Strafbarkeit einer Handlung oder zum rechtswidrigen Vorsatze genügende, aber auch mindestens erforderliche Grad der Ueberzeugung des Rechtsverletzers bei der Rechtsverletzung und von welchem Grade an ist daher jene ausgeschlossen, daher Zurechnungslosigkeit, Unzurechenbarkeit und Strafloſigkeit vorhanden? Nach den Ausdrücken der positiven Gesetze und der Lehrer des Privat- wie des Strafrechts scheint stets und ausschließlich der höchste Grad der Ueberzeugung, Wissen, Einsicht, objective Gewißheit, zu einer jeden Handlung im Privat- wie im Strafrechte erforderlich und kein andrer niedrigerer Grad, nicht einmal der nächste, die Zuversicht, der Glaube und die subjective Gewißheit genügend. Allein da die Strafgesetze und Lehrer des Strafrechts Grade der Strafbarkeit, Zurechenbarkeit und des Bewußtseins unterscheiden, da ferner sonst zu oft Strafloſigkeit eintreten würde, da ferner bei der Schwäche des menschlichen Geistes der höchste Grad der Ueberzeugung selten zu erreichen ist, so ist noch ein niedrigerer als genügend, und zwar auch die Zuversicht, der Glaube oder die subjective Gewißheit als genügend anzunehmen, da auch diese vollständige, zureichende und gewisse Ueberzeugung giebt. (§. 20.) Ob aber auch das bloße Meinen, die bloße Wahrscheinlichkeit, also Ungewißheit noch genüge, möchte zu bezweifeln sein. Wenigstens ist dieser Grad der Ueberzeugung der niedrigste, mindestens erforderliche und alle folgenden niedrigern, das Gefühl, die Ahnung, Vermuthung, der Zweifel, die Unentschiedenheit u. s. w. schließen daher das rechtliche Wissen, Bewußtsein, die Zu-

Digitized by Google

rechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit, Strafbarkeit und den rechtswidrigen Vorsatz aus und bestimmen das Nichtwissen, die Unwissenheit oder den Irrthum, daher Zurechnungs- und Strafloſigkeit mit einem so niedrigen Grade von Ueberzeugung vorgenommener Handlungen, z. B. eines Sterbenden, Schlafenden, Schlaftrunkenen, Nachtwandlers u. s. w. Dieß sowohl nach der Vernunft, der eine so unvollständige, unzureichende, dunkle, schwankende und ungewisse Ueberzeugung zur Strafe und zum Rechte, zu strafen, nicht genügen kann, als nach der Politik, nach welcher solche mit einem so niedrigen Grade der Ueberzeugung verübte gesetzwidrige Handlungen weder böswillig noch gefährlich sind. Dieß endlich hauptsächlich auch nach dem positiven bürgerlichen und Strafrechte, und den in den positiven Gesetzen consequent gebrauchten, unter sich und mit obigem Grundsatze durchgängig übereinstimmenden Worten und Ausdrücken, die nach dem Sprachgebrauche und ihrer unbestrittenen grammatischen Bedeutung einen von jenen niedrigern Graden der Ueberzeugung nicht bezeichnen können. Dergleichen Ausdrücke, z. B. des römischen Rechts, sind: „siens, scire,“ [2]) auch „sciens — prudensque,“ „sciens dolo malo,“ [3]) „re comperta,“ „re cognita,“ [4]) „certum,“ „certioratus,“ [5]) „conscientia,“ [6]) „putare,“ „credere, existimare, existimatio, opinio.“ [7]) Uebereinstimmend hiermit sind auch die Ausdrücke des sächs. C. G. B., z. B.: „glaubwürdige Nachricht“ (Art. 39. 96.) [8]), „Wissenschaft,“ (Art. 40.) „Kennt-

2) §. 7. d. mand. 3, 26. l. 1. §. 2. l. 2. pr. l. 28. d. cond. ob caus. 12, 5. l. 57. pro socio. 17, 2. l. 8. pr. l. 9. 14. 15. d. cond. inst. 28, 7. l. 20. 22. d. cond. et dem. 35, 1. l. 61. d. V. O. 45, 1. c. 5. d. cond. ob turp. c. 4, 7. c. 5. d. inst. et subst. 6, 25. c. 4. d. inut. stip. 8, 39. l. 1. 3. pr. l. 9. §. 5. d. iur. et facti ign. 22, 6. c. 22. pr. d. iure delib. 6, 30. u. s. w.

3) l. 2. §. 2. l. 4. § 4. sq. vi bonor. rapt. 47, 8. l. 1. §. 1. l. 3. ad l. Jul. maj. 48, 4. l. 3. §. 18. 21. 22—24. d. SC. Sil. 29, 5. l. 6. 12. l. 13. pr. §. 1. 3. 4. 6. l. 14. pr. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 27. d. ritu nupt. 23, 2. l. 1. pr. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. l. 1. d. lege Pomp. d. parric. 48, 9. l. 3. §. 1. d. sepulcro viol. 47, 12. l. 5. §. 2. d. poen. 48, 19. l. 12. §. 1. d. incend. 47, 9.

4) l. 13. l. 1. §. 47. depos. 16, 3. l. 12. §. 2. liber. c. 40, 12. l. 7. §. 4. d. iurisd. 2, 1.

5) l. 3. §. 6. d. lib. hom. exhib. 43, 29.

6) l. 11. §. 1. d. his, qui not. inf. 3, 2. l. 76. d. R. J. 50, 17.

7) l. 1. l. 9. §. 4. d. iur. et facti ign. 22, 6. l. 15. 16. d. A. v. O. H. 29, 2. §. 11. d. legat. 2, 20. — S. Meine Doli descriptio, Misenae, 1837. §. 4. not. 5—11. p. 8.

8) „falsche“ Nachricht. Art. 198. — Groſſ, Anm. z. Art. 40. S. 118. v. Hartitzſch, Anm. z. Art. 39. nr. 4. S. 82. Mit den von beiden gegebenen Erklärungen „genaue und zuverläſſige Kenntniß“ oder „Wiſſenſchaft“ iſt nur nicht viel gewonnen, weil ſie wiederum keine feſt

Digitized by Google

niß," (Art. 40. 195. 325.) „Ueberzeugung," (Art. 51.) „Glauben," (Art. 68.) „Bekanntsein" (Art. 68. 70. 197. 241. 257, 4. 265. 266.) Unwissenheit, (Art. 68.) Wissen, (Art. 68. 187. 188. 197.), wissentlich, (Art. 183. 239. 245. (254.) 272.), Erkennen, (Art. 270. 273. 297.) Voraussehen, (Art. 31. 132. 171, 1.), Einsicht, (Art. 26.), Bewußtlosigkeit, (Art. 67,c.) u. s. w. „Vorbedacht," (Art. 121. 123.) „Ueberlegung," (Art. 62. 187.) Dasselbe beweisen ferner, insbesondere, daß der Zweifel der Unwissenheit und dem Irrthume gleichsteht, l. 14. qui testam. facere poss. 38, 1: „Qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest." l. 15. eod: „De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt," und die, besonders auch für das Strafrecht wichtige l. 76. d. R. J. 50, 17.: „In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt." — Hiergegen ist auch nicht oder höchstens als Ausnahme l. 21. pr. d. pecul. 15, 1. „Sed et si quis, cum suspicaretur, alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret," da das „suspicari" einen höhern Grad der Ueberzeugung umfaßt als unser „Vermuthen."[9] Hiefür ist insbesondere auch, daß in dem C. G. B. offenbar als der niedrigste Grad der Ueberzeugung „die Wahrscheinlichkeit" und daß diese überhaupt besonders angeführt ist in Art. 131, 1. „mit Wahrscheinlichkeit erwarten", Art. 132. „wenigstens mit Wahrscheinlichkeit voraussehen," Art. 171. „mit Wahrscheinlichkeit voraussehen," Art. 222. „aus wahrscheinlichen Gründen voraussetzen." [In diesen Fällen ist also das gesetzliche Strafmaaß schon auf den niedrigsten Grad des einen theoretischen Bestandtheils des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, nämlich der Ueberzeugung, festgesetzt, (freilich im Widerspruche mit dem Systeme relativ unbestimmter Strafgesetze oder inconsequent) und der Richter hat daher die Strafe innerhalb des Strafmaaßes nur nach den Graden des andern praktischen Bestandtheils, des Wollens oder Willens, festzusetzen.] (§. 200. 205. b.)

---

bestimmten, wissenschaftlichen Kunstausdrücke, sondern blos relative Worte sind.

9) Dieses, das Vermuthen, hält für genügend Krug, Studien, II. S. 70. —, gewiß mit Unrecht. S. Deputat.ber. d. I. K. z. Art. 171. d. C. G. B. (L. A. Beil. z. II. Abthl. I. Slg. S. 111.)

Digitized by Google

§. 67.

Der formal-historische Glaube.

Der Glaube genügt in der Regel zur rechtlichen Thätigkeit; daher auch der formal-historische Glaube. (§. 20.) Bei diesem scheint jedoch die Beschränkung hinzuzufügen zu sein, daß er nur dann genügt, wenn der Handelnde die geistige und physische Fähigkeit hat, die Belehrung, Aussagen, Mittheilungen, Nachrichten und die Tradition ꝛc. selbst zu prüfen.[1]) Ohne diese würde die Ueberzeugung des Handelnden selten oder nie sich bis zum Glauben und zu einer subjectiv ausreichenden erheben und erheben können, sondern unzureichend, höchstens ein bloßes (dunkles) Gefühl, (§. 20.), in den meisten Fällen aber auch dieß nicht einmal, sondern ein Zweifeln, Ahnen, Nichtglauben, Nichtdafürhalten sein. Dieses kann die praktische Vernunft als ihrer und der Menschenwürde selbst unwürdig für zum Handeln, zur rechtlichen Thätigkeit und Zurechenbarkeit nicht ausreichend erachten. Denn es hieße die menschliche Ueberzeugung der Abrichtung der Thiere durch Andere gleichsetzen, und solche Menschen, welche die geistige und physische Fähigkeit zur Selbstprüfung, z. B. das Gesicht, das Gehör, nicht haben, zur geistigen Sclaverei der Vorstellungen, Anschauungen, Begriffe, Urtheile, Meinungen und Ansichten Andrer, zum blinden Autoritätsglauben bei ihrem Handeln verurtheilen und ihre subjectiv unzureichende Ueberzeugung durch eine gewaltsame Fiction für subjectiv zureichend erklären, wenn man Handlungen solcher Menschen in ihrer subjectiv unzureichenden, ungeprüften, nur von Andern ihnen ohne Gewähr beigebrachten Ueberzeugung oder Nichtüberzeugung denen Andrer gleichsetzen und sie ebenso zum Verdienste oder zur Schuld anrechnen wollte. — Aber auch das Recht der praktischen Vernunft kann sich zur rechtlichen Thätigkeit und Zurechenbarkeit nur mit subjectiv zureichender Ueberzeugung begnügen, nicht aber etwa schon mit dem bloßen Zweifeln, Fühlen, Ahnen, Vermuthen u. s. w. in Bezug auf die §. 64. angegebenen Gegenstände.

---

1) Wenn dieß im Strafprocesse, beim Beweise, gilt, (Martin, Lb. d. Crim. Proc. §. 62. not. 13. §. 80. D. Mittermaier, Lehre vom Beweise, S. 243. Abegg, Lb. §. 107.), so muß dieß aus denselben und noch mehrern, viel wichtigern Gründen im materiellen Strafrechte bei der Handlungsfähigkeit und Zurechenbarkeit gelten. Z. B. das bloße Hörensagen, daß Etwas Gift sei und daß man damit Jemanden tödten könne, genügt zur Zurechenbarkeit eines Giftmordes noch nicht, sondern nur die volle Ueberzeugung oder der formal-historische Glaube hiervon, verbunden mit der geistigen und physischen Fähigkeit der Selbstprüfung. Vergl. unten §. 168. und z. B. Martin, in Hitzigs von Demme fortgesetzt. Annal. XIV. S. 269. 270. u. 271.

Digitized by Google

§. 68.

Anwendung des §. 66. auf das Strafrecht.

Insbesondere muß aber im Strafrechte (§. 200. 205. b.) zur Zurechenbarkeit subjectiv zureichende Ueberzeugung des Handelnden von allen einzelnen, zum Begriffe und Wesen des Verbrechens gehörigen Thatsachen, thatsächlichen Verhältnissen und Umständen als das Minimum erfordert, nicht aber etwa schon bloßes Zweifeln, Vermuthen, Fühlen, Ahnen als ausreichend geachtet werden. Denn im letztern Falle, — abgesehen von den Gründen des Rechts — würde die Thätigkeit der Staatsbürger auffallend beschränkt, wenn sie schon bei dem bloßen Gefühle, Ahnen der ein Verbrechen ausmachenden Thatsachen und thatsächlichen Verhältnisse und schon deßhalb, weil Etwas möglich oder nach der relativen Leichtgläubigkeit Manchen sogar wahrscheinlich und sehr möglich ist, Etwas unterlassen, gar nicht handeln dürften und diese, ohne subjectiv zureichende Ueberzeugung unternommenen Handlungen als Verbrechen angesehen werden sollten, ungeachtet sie den besten und festesten Willen, nicht zu verbrechen, hatten. Z. B. muß zum subjectiven Thatbestande der Bigamie nach Art. 219. des s. C. G. B. die subjectiv zureichende Ueberzeugung des Verbrechers erfodert werden, davon 1), daß der andere Ehegatte in einer Ehe gelebt habe, 2) daß diese nach gesetzlicher Form vollzogen und 3) durch die zuständige Behörde noch nicht für getrennt oder nichtig erklärt worden ist. Soll hier schon das bloße Meinen, Vermuthen oder Zweifeln über diese drei thatsächlichen Verhältnisse zum subjectiven Thatbestande des Verbrechens nach Art. 219. genügen, so wird man in allen Fällen lieber gar nicht heirathen dürfen oder das Verbrechen ohne den geringsten bösen Willen begehen, wo z. B. der erste beste einem Heirathscandidaten oder ein Verlobter dem andern, in einem andern Sinne, im Spaße oder zum Witze oder um diesem eine Lüge aufzuheften, sagt, daß die andre Person, mit der man eine Ehe eingehen will, bereits verheirathet sei, oder der Ehegatte derselben sei nicht wirklich gestorben, oder der Scheidebrief sei falsch u. s. w.[1]) Erzeugen diese oder andre Anzeichen (indicia) in dem Heirathscandidaten a. gar keinen Glauben, nicht einmal ein Meinen von des Andern Ehe oder erzeugen sie b. ein bloßes Zweifeln über dieselbe oder c. ein dunkles Gefühl oder eine dunkle Ahnung von des Andern Verhei-

1) Dieß sind keine „glaubwürdigen Nachrichten, genaue, zuverlässige Kenntniß." Vergl. Art. 86. u. Groff, im a. W. S. 118.

Digitized by Google

rathung oder d. ein bloßes Meinen, aber durchaus keine vollständige subjective Ueberzeugung, so ist in allen diesen vier Fällen ein gesetzwidriger Wille, ein rechtswidriger Vorsatz gar nicht vorhanden, ja, unmöglich. Es ist daher der subjective Thatbestand des Verbrechens nach Art. 219., folglich auch ein solches, Strafbarkeit und Zurechenbarkeit nicht vorhanden, selbst wenn der objective Thatbestand vorhanden und erwiesen ist. Eben so ist zum Diebstahle u. s. w. die subjectiv zureichende Ueberzeugung des Diebes davon, daß die bewegliche Sache eine fremde und nicht sein sei; zur Selbsthülfe des Art. 205. die subjectiv vollständige Ueberzeugung von einem dem Verbrecher zustehenden Rechte u. s. w. erfoderlich und bloßes Zweifeln, Vermuthen unzureichend. Denn bei diesem letzterm Grade der Ueberzeugung würde oft Diebstahl und Selbsthülfe zusammenfallen.

§. 69.

X. Aeußere Erkennbarkeit der Handlung.

Eine Handlung des Willens gehört ferner nur dann in das Gebiet des Rechts, wenn sie selbst, d. h. grade sie durch sich selbst und an und für sich schon allein, ohne eine andere, (§. 53. 56.) eine äußere ist, d. h. äußerlich, in der äußern Sinnenwelt, außerhalb des Subjects existirt, objectiv geworden, mit der theoretischen Sinnlichkeit, mithin durch unmittelbare Vorstellungen und Anschauungen (§. 17.) erkennbar oder wahrnehmbar ist. Auch aus diesem Grunde sind alle theoretischen Handlungen, alle unmittelbaren Vorstellungen, Begriffe, Urtheile, Schlüsse, Gedanken, alle Absichten, Entschlüsse und Vorsätze, alle, selbst praktische Grundsätze des Handelns, so wie alle sinnlichen Triebe, wenn, weil und so lange letztere nicht äußerlich erscheinen, vom Begriffe des Rechts, wie des Strafrechts, ausgeschlossen; eben so alle Vorbereitungen von Handlungen und Verbrechen, weil sie alle durch Sinnesänderung (μετάνοια) geheilt werden können, die Reife und Gewißheit des Willens noch nicht erkennen lassen und weil nur äußere Thatsachen nicht wieder ungeschehen gemacht werden können.

§. 70.

Anwendung dieses Merkmals auf das Strafrecht.

In Art. 38. des C. G. B. ist daher der Ausdruck „einem Verbrecher durch „Verhehlung" Beihülfe leisten," nicht so zu verstehen, als sei die bloße Unterlassung der Anzeige, die bloße Mitwissenschaft oder irgend eine andere subjective, noch nicht äußere

Digitized by Google

Handlung schon als Begünstigung anzusehen, wenn sie auch eine wirkliche Beihülfe des Verbrechers ist und der Handelnde dieß weiß und beabsichtigt. Vielmehr wird auch hier zur „Verhehlung" eine körperliche, praktische, äußere, äußerlich erkennbare Handlung gefodert und zwar eine positive oder active, im Gegensatze des sonst mit diesem Art. 38. identischen Art. 39. Dieß bestätigt auch der Ausdruck „Beihülfe leisten," der stets mehr Spontaneität, Selbstthätigkeit, als Leidentlichkeit, Receptivität bedeutet.[1]) Eben so muß ferner „die Benutzung eines Irrthums, durch welche man einen Andern zu der Ausführung einer strafbaren That bestimmt", (C. G. B. Art. 36.) nicht nur eine körperliche und praktische, sondern auch eine äußerlich erkennbare, nicht blos innere Handlung sein; eben so die Vorbereitung eines Hochverraths, (Art. 84.), ferner die Verheimlichung der Niederkunft, (Art. 130.),[2]) das Verlassen hülfloser Personen (Art. 131.) und des Ehegatten (Art. 216.), die Verheimlichung von Papieren (Art. 259.), von Personen (Art. 263.), das Zurückbehalten von Sachen (Art. 258.), das Vorenthalten eines Kindes (Art. 262.), die Benachtheiligung des sächsischen Staates oder deutschen Bundes (Art. 88. f. §. 53.) oder der Dienstherrschaften (Art. 322.), u. s. w. Von diesem wesentlichen Merkmale der äußern Erkennbarkeit machen auch negative Handlungen, die Erfüllung positiver Rechtspflichten oder Unterlassungen (§. 46.)[2]) keine Ausnahme. (§. 54.) Nicht der bloße Wille, Vorsatz oder Entschluß der Unterlassung einer Handlung genügt — denn sonst vermöchte die spätere positive Handlung sie nicht wieder aufzuheben, — sondern es wird erfodert, daß die Unterlassung auch äußerlich geschehen, erkennbar, die ihr entgegenstehende positive Handlung also äußerlich nicht geschehen und erkennbar sei.

§. 71.

XI. Eine formale Handlung.

Endlich gehört zum Begriffe des Rechts wesentlich eine formale, keine materiale Handlung. Man sieht nämlich bei einer Handlung als einer rechtlichen, weil hierbei Inhalt, Idee und Form eines und dasselbe ist, — Abwesenheit wirklichen (realen) Widerspruchs der praktischen Sinnlichkeit des Einen gegen die vernünftige äußere Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit aller Andern oder zwischen

1) S. Meine Grundwissensch. d. g. t. u. s. Civ. u. Crim. Proc. 1839. I. §. 83. S. 118. ff.
2) S. Krug, Studien, II. 53. f. 176.

der äußern Freiheit des Einen mit jener aller Andern —, man sieht also bei einer rechtlichen Handlung nicht, wie in der Moral, auf die derselben zum Grunde liegenden Absichten, Triebfedern oder Gesinnungen, Beweggründe oder Entzwecke und deren Angemessenheit zum absoluten Pflichtgebote der Vernunft. (§. 27. 36.) Durch die Gerechtigkeit wird blos die Art und Weise des Handelns bestimmt, ohne Rücksicht auf dessen Stoff oder Gegenstand. Deßhalb wird die rechtliche „Strafbarkeit einer Handlung, („weder durch den Wahn, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, noch durch die Unwissenheit über die Art und Größe der Strafe) noch durch die Beschaffenheit des Beweggrundes oder Entzwecks, weshalb der Entschluß zur That gefaßt worden, ausgeschlossen," [1]) (C. G. B. Art. 68., ob auch die Erhöhung, Minderung oder Milderung der Strafbarkeit? s. unten §. 97. u. Art. 68.) Dennoch aber ist im C. G. B. Art. 62., so wie in Art. 288. 291. bei Ausmessung der Strafe von der Beschaffenheit der „Beweggründe", in Art. 151. vom gehabten „Entzwecke" und in Art. 160. „von der Erreichung des Entzwecks" die Rede. Das erstemal, in Art. 62., nun scheint „Beweggrund" allerdings mehr die moralische Gesinnung der Handlung zu bedeuten, [2]) so wie überhaupt der Muthwille und die Bosheit, als Grade des rechtswidrigen Vorsatzes (unten, §. 162. c.) in das Gebiet der Moral und innern Gesinnung hinüber grenzen. (C. G. B. Art. 12. 22, 2. 62. 188. 289. 291. 319. 207.) Sonst aber bedeutet „Entzweck" in den beiden andern Art. 151. u. 160. die rechtswidrige Absicht — eine Person zu der Befriedigung des Geschlechtstriebs zu mißbrauchen, (Art. 148. 160.) — nicht aber etwa den moralischen, möglicher Weise guten Beweggrund, z. B. um die (entführte — bewußtlose) Person, der die Aeltern grundlos oder grausam die Ehe verweigern u. s. w., durch heimlichen Beischlaf von einer Krankheit zu heilen, (z. B. nach einem Volkswahne von der sog. Mannstollheit) so, daß die ge-

1) Auch nach cap. 2. X. d. sortit. 5, 21. cap. 4. X. d. usur. 5, 19. — l. 54. §. 1. de furt. 47, 2. Dennoch aber sollen die besondern Beweggründe, aus denen ein Verbrecher ein bestimmtes Verbrechen beging, beachtet werden nach Mittheil. v. Landt. 1836/37 S. 433. f. u. Art. 42. des C. G. B. (innerhalb des Strafmaaßes) ferner auch nach l. 2. de receptat. 47, 16. l. 14. §. 2. d. cust. reor. 48, 3. l. 4. §. 15. d. R. M. 49, 16. — P. G. O. Art. 165. — Derselb, über die Grundregeln d. Strafges. geb. S. 222. ff. u. 232.

2) Deput.ber. d. II. K. zu Art. 288. L. A. III. Abth. 1 Slg. S. 156. f. Mitth. S. 4078. 5552.

ſchwächte Perſon ſelbſt nicht zu erröthen oder ſich anzuſchuldigen brauche. Daß in dieſen Art. 151. u. 160. ein ſolcher moraliſcher „Entzweck" nicht gemeint ſei und die Strafbarkeit nicht ausſchließe, gehet aus dem Art. 68. deutlich hervor. — Das Weſen dieſes letzten Erforderniſſes des Rechts liegt übrigens hauptſächlich blos in der Betrachtungsweiſe, da eine und dieſelbe äußere Handlung ſowohl nach ihrer bloßen Form als nach ihrem Inhalte, Stoffe oder innerem (moraliſchen) Zwecke betrachtet werden kann. — Eben ſo einflußlos, wie der Beweggrund, iſt es rechtlich, ob der Handelnde offen oder heimlich gehandelt hat.[3])

§. 72.

Einheit dieſer ſämmtlichen Erforderniſſe des Rechts.

Dieß (§. 48—71) ſind die geſammten einzelnen weſentlichen Erforderniſſe des Rechts oder einer Handlung des Rechts. Dieſelben ſind hier einzeln und getrennt von einander, ein jedes für ſich beſonders, betrachtet und dargeſtellt werden, weil die Wiſſenſchaft Vieles trennen und ſcheiden muß, was natürlich, urſprünglich und im Leben eng verbunden iſt. (vergl. auch §. 10. 11. 13.) Allein alle jenen geſammten einzelnen weſentlichen Merkmale machen nur als unſelbſtſtändige und organiſche Theile einer und derſelben Handlung und nur in ihrer Geſammtheit, Einheit, Verbindung und bei ihrem Zuſammentreffen bei einer und derſelben Handlung, nicht aber als beſondere, für ſich beſtehende Handlungen den Begriff des Rechts aus und ſind daher keine cumulative, nicht elective oder alternative. Sobald daher ein einziges (oder gar mehrere) von ihnen in einem einzelnen Falle fehlt, ſo iſt, obgleich alle andern vorhanden ſind, dennoch ein Recht und eine Handlung des Rechts nicht vorhanden. Z. B. Es erzählt jemand, daß er einſtmals (geſtern) den feſten Vorſatz und Willen gehabt habe, einem beſtimmten Menſchen eine beſtimmte Sache zu ſtehlen, oder einen beſtimmten Menſchen zu ermorden oder zu beleidigen. Hier ſind alle Merkmale einer Rechts-Handlung vorhanden, nur nicht das V. in §. 52. und das X. in §. 69. erörterte. Eben deßhalb aber iſt auch keine Handlung des Rechts, keine Handlung des Strafrechts, kein Verbrechen vorhanden. Hier iſt zwar zu jenem praktiſchen Vorſatze des Willens durch die Erzählung eine körperliche und äußerlich erkennbare Handlung hinzugekommen. Allein dieſe iſt eine

3) l. 7. §. 8. de iniur. 47, 10. l. 28. §. 3. d. poen. 48, 19. P. G. O. Art. 131. 167. 168.

Digitized by Google

für sich bestehende, selbstständige, besondere, der an und für sich wieder andere Merkmale einer Rechtshandlung, insbesondere das §. 56. ff. angegebene VI. mangeln. Hier ist also jener Vorsatz des Willens allerdings äußerlich erkennbar geworden, allein durch eine andere Handlung, nicht er selbst, allein, an und für sich, durch sich selbst. Zwar können auch mehrere einzelne Handlungen zusammen eine Handlung des Rechts ausmachen. Allein dann müssen jene einzelnen nicht selbstständige, getrennte, besondre und für sich bestehende Handlungen, sondern ihrem Ursprunge, Inhalte, Grunde, Zwecke, Gegenstande, ihrem Subjecte nach und in Bezug auf Vorsatz und Willen identische, eine und dieselbe, eine die Fortsetzung der andern sein, und unter einander wie Grund und Folge, Ursache und Wirkung, in einer ununterbrochenen, nur durch die Zeit unterbrochenen Reihe sich verhalten, oder eine jede einzelne muß allein schon sämmtliche besondre Erforderniſſe einer Handlung des Rechts haben und daher eine jede eine besondre Handlung des Rechts (im Strafrechte ein Verbrechen) ausmachen, sie alle zusammen aber in ihrer Verbindung wieder eine besondre, eigenthümliche Handlung mit sämmtlichen eigenthümlichen Merkmalen einer Handlung des Rechts. (S. unten die Lehre von der Concurrenz der Verbrechen und §. 148, a. 171. 18 0.205.)

Vierter Abschnitt.

Ueber den Begriff und das Wesen des rechtlichen Zwanges in seiner Anwendbarkeit auf das Strafrecht.

§. 73.

XII. Der rechtliche Zwang. Begriff desselben.

Als ein wesentliches und ursprüngliches Merkmal und Erforderniß eines jeden Rechts (§. 48—72.) wird gewöhnlich auch XII. das Zwangsrecht aufgeführt, dessen Begriff und Wesen von allen Rechtsphilosophen und Civilisten (nicht aber von den Criminalisten) zwar erwähnt, aber nicht genauer erklärt wird und erst nach genauer Betrachtung des Zwanges dargestellt werden kann. Dieser ist nun zwar nach dem Sprachgebrauche sehr verschiedenartig. Hierher, zur Erklärung und Begründung des Zwangsrechts, gehört blos

Digitized by Google

die Darstellung des vernünftigen und zwar nicht des moralischen, sondern des rechtlichen Zwanges unter und gegen Rechtssubjecte oder sinnlich-vernünftige Wesen. Der vernünftige Zwang überhaupt und im allgemeinen nun ist subjectiv und als Handlung eine jede vernünftige Nöthigung eines Andern zu einem vernünftigen — (mit dem des Zwingenden übereinstimmenden) Thun oder Lassen (Triebe, Willen und Handeln) wider dessen ursprünglichen, dem des Zwingenden widersprechenden Trieb, Willen und Handeln durch die Zufügung von etwas Unangenehmen. Der rechtliche Zwang aber ist diese rechtliche Nöthigung eines Andern zu einem rechtlichen (das Recht des Zwingenden nicht verletzenden) äußern Thun oder Lassen desselben wider dessen nicht rechtliches, ursprüngliches (das Recht des Zwingenden verletzendes) Wollen und Handeln durch die rechtliche Zufügung von etwas Unangenehmen, oder die Bewirkung der Uebereinstimmung des Willens und äußern Handelns des Zwingenden und zu Zwingenden durch die Zufügung von etwas Unangenehmen, oder endlich die (rechtliche) Widerherstellung des Rechts durch Zwang.

§. 74.

Wesentliche Erfoderniſſe I. des vernünftigen Zwanges überhaupt. 1) Subjective.

Da hier nicht von dem Zwange überhaupt und im allgemeinen, also nicht von dem Zwange eines unvernünftigen Wesens gegen ein anderes solches, sondern von dem vernünftigen Zwange unter Rechtssubjecten und sinnlich-vernünftigen Wesen gehandelt wird, so gehören zu dem Begriffe desselben als wesentliche Merkmale zwei solche sinnlich-vernünftige Wesen, von denen das eine das handelnde, zwingende, nöthigende, das eigentliche Subject, das andere das zu Zwingende oder zu Nöthigende oder das Object des Zwanges ist.

§. 75.

2. eine Nöthigung; 3. eines Andern.

Zu dem Begriffe des Zwanges gehört ferner eine Nöthigung, d. h. eine Handlung des Zwingenden, welche nöthig ist zur Erreichung des Thuns und Lassens des Andern und welche dieses in dem Andern nothwendig macht und als etwas Nothwendiges hervorbringt; oder mit andern Worten: Dieses Thun und Lassen des Andern muß ein Product der Handlung des Nöthigenden, durch diese hervorgebracht, nicht ohne diese geschehen, oder diese muß die Ursache des Thuns oder Lassens des Andern und dieses die Wirkung von jener sein. Diese Nöthigung soll eine Handlung, die

Digitized by Google

Handlung eines sinnlich-vernünftigen Wesens, auf Etwas außer diesem, also Aeußeres (§. 85.) gerichtet sein, mithin alle in §. 48—72.) angegebenen Merkmale haben, d. h. eine äußere Handlung des Körpers und Sinnes wie des intellectualen Willens eines sinnlich-vernünftigen Wesens sein. Da nun auch Niemand sich selbst zwingen oder nöthigen kann, so muß auch der Gegenstand der Nöthigung ein Andrer, als der Zwingende, und zwar ein anderes sinnlich-vernünftiges Wesen sein.

§. 76.

4) Handlung eines Andern.

Es ist ferner schon zum Begriffe des Zwanges wesentlich 4., daß derselbe stets den nächsten und unmittelbaren Zweck hat, den andern zu Zwingenden zu einem Thun oder Lassen zu nöthigen und zwar zu einem äußern formalen, weil das innere nicht äußerlich erkennbar ist. Dieses ist also ein wesentliches Mermal des Begriffes des Zwanges und daher dessen begriff-wesentlicher Zweck. Ohne diesen ist die Nöthigung kein Zwang, auch nicht einmal Nöthigung, sondern bloße Gewalt, deren Zweck auch eine Handlung des Andern sein kann, aber nicht sein muß. Diese, eine Handlung, ist also kein begriff-wesentliches Merkmal der Gewalt. Ohne jenen Zweck wäre die Zufügung von etwas Unangenehmen nicht Nöthigung, nicht Zwang, sondern nur Selbstzweck, und geschehe um ihrer selbst willen. Denn ein anderer Zweck der Zufügung von etwas Unangenehmen als die Handlung des Andern läßt sich gar nicht denken. Ein solcher kann auch nicht z. B. das eigne Vergnügen des Zwingenden am Schmerze des Andern sein. Denn dieses ist etwas Subjectives im Zwingenden, nicht etwas Objectives außer ihm, folglich könnte es nur (Bestimmungs- oder Beweg-) Grund, nicht Zweck sein. Denn Zweck ist stets etwas Objectives außerhalb des Handelnden, was schon aus dem Begriffe des Bestrebungs- und Handlungsvermögens folgt (§. 13. 25. 102.) Der Zwingende könnte also dem Andern nur deshalb, weil, nicht, damit es ihm Vergnügen macht, Unangenehmes zufügen. Jedoch selbst abgesehen hiervon, wäre dieses Vergnügen immer nur entfernter oder mittelbarer Zweck, durch die Aeußerungen des Schmerzes des Andern möglich und wirklich, nicht nächster und unmittelbarer Zweck der Zufügung von etwas Unangenehmen. Dieser könnte nur in eben diesen Aeußerungen des Schmerzes bestehen, also immer in einem Thun oder Lassen des Andern. Ohne diesen

Digitized by Google

Zweck wäre also die Zufügung von etwas Unangenehmen stets zwecklos und natürlich, wie die des eignen Vergnügens des Zwingenden wegen, jedenfalls unvernünftig und unmoralisch.

§. 77.

Anwendung auf das Strafrecht.

Hieraus ergiebt sich, daß die absolute Strafe d. h. die Strafe um ihrer selbst willen kein Zwang, noch weniger ein vernünftiger Zwang ist, daß daher jene aus diesem nicht abgeleitet werden kann und daß die absoluten Strafrechts- oder Gerechtigkeitstheorien keinen Rechtsgrund der Strafe enthalten, wenn dieser einzig und allein aus dem Zwange und Zwangsrechte abzuleiten ist. Die relativen Vergütungs- und Strafzufügungstheorien stellen im allgemeinen auch als Zweck der Strafe eine Handlung aller Staatsbürger auf, z. B. eine innere der Willensstimmung und Aenderung derselben, z. B. Aufhebung des Reizes zu Verbrechen, der Verachtung des Rechts, des Gesetzes u. s. w., nur nicht grade eine Handlung des Verbrechers. (§. 79. 102.)

§. 78.

Beschaffenheit der zu erzwingenden Handlung.

Da der begriff-wesentliche Zweck des Zwanges eine Handlung und zwar die eines sinnlich-vernünftigen Wesens ist, so muß dieselbe auch alle §. 48—72. angegebenen Merkmale haben, also eine nicht blos körperliche (mechanischer Zwang), sondern eine äußere, formale Handlung des intellectualen Willens des Andern sein.

§. 79.

Eine Handlung 5) des Gezwungenen.

Die zu erzwingende Handlung muß aber auch eine Handlung grade des zu Zwingenden oder Gezwungenen d. h. dessen, dem Unangenehmes zugefügt wird, nicht die eines Andern sein. Denn es ist nicht nur physisch und psychisch unmöglich, sondern auch unvernünftig und unsittlich, Jemanden zu einer Handlung zu nöthigen, dadurch, daß nicht ihm, sondern einem Andern Unangenehmes zugefügt wird. Physisch und psychisch möglich ist diese Nöthigung allerdings mittelbar, insofern zweien zu gleich und zwar dem Einen durch den Andern, diesem, z. B. dem Sohne, unmittelbar, jenem, dem Vater, mittelbar Unangenehmes zugefügt wird, welches dem Einen nicht an und für sich, sondern nur durch den und wegen des Andern unangenehm ist, um jenen zu einer Handlung zu

Digitized by Google

zwingen. Allein diese Nöthigung ist nicht nur unvernünftig und unsittlich, in vielen und den meisten Fällen erfolglos und unpraktisch, sondern auch unnöthig, folglich gar keine Nöthigung, insofern einem ganz Andern, von dem gar keine Handlung erzwungen werden soll, also ohne auf ihn gerichteten Zweck, Unangenehmes zugefügt wird. (§. 102. 127.)

§. 80.

Anwendung auf die Strafe.

Hieraus ergiebt sich, daß die Strafe, ohne einen auf den Verbrecher selbst gerichteten, an ihm selbst zu erreichenden Zweck, z. B. ohne den Zweck einer innern oder äußern Handlung oder Aenderung desselben, z. B. des Willens, kein (vernünftiger) Zwang ist, daß ferner die Strafe nur den Verbrecher,[1] nicht aber irgend einen unschuldigen Andern treffen dürfe und solle, wäre er mit jenem gleich noch so nahe verbunden,[2] und daß daher alle absoluten, viele relativen Vergütungs- Verhütungs-, sowohl Androhungs- als Abschreckungs- und Warnungstheorien aus dem Zwange und Zwangsrechte nicht abgeleitet werden können.[3] Einige Anhänger der relativen und zwar Vergütungstheorien stellen eine Handlung des Verbrechers als Zweck der Strafe auf, z. B. von Bothmer Aussöhnung des Willens des Verbrechers mit dem verletzten Gesetze; Stöckhardt: „Nöthigung des Beleidigers, sich unter das allgemeine Gesetz zu beugen"; Welcker, Cropp und Wächter: Aenderung der Willensstimmung des Verbrechers. Vorzüglich sind mit diesem Merkmale des Zwanges übereinstimmend die Besserungstheorien, weniger die (reine) Präventionstheorie, am abweichendsten aber die Abschreckungstheorien, vorzüglich die Feuerbach's, Gmelin's, und die der Generalprävention. (§. 243. ff.)

§. 81.

6) Wider den ursprünglichen Trieb, Willen und das Handeln des Gezwungenen.

Zu dieser Handlung, dem Zwecke des Zwanges, muß aber auch der Gezwungene wider oder gegen seinen ursprünglichen

1) c 22. d. poen. 9, 47. nov. 12. praef. nov. 134. c. 4. Einige Ausnahmen des Röm. Rechts s. in l. 5. §. 1. 1. 3. C. ad l. Jul. maj. 9, 8. c. un. d. mul. 9, 11.

2) l. 26. d. poen. 48, 19. c. 2. ne uxor. 4, 12. C. ne fil. pro patre. 4, 13. c. 24. d. don. int. V. et U. 5, 16. Auch Vermögensstrafen machen, streng genommen, keine Ausnahme. l. 59. 120. d. R. J. 50, 17. l. 20. d. aceus. 48, 2. C. G. B. Art. 74. Zollstrafges. v. 3. Apr. 1838. §. 46. ff. Steuerstrafges. v. 4. Apr. 1838. §. 54.

3) Die Vollstreckung von Strafen nach dem Tode des Verbrechers, z. B. von Geldstrafen, (s. not. 2.) ist inconsequent, zwar (nach den absoluten Theorien) begründet, aber ohne gerechten Zweck; s. §. 102.

Digitized by Google

Trieb, Willen und im Widerstreite mit seinem bisherigen Handeln genöthigt worden sein oder die zu erzwingende Handlung muß dem bisherigen Triebe, Willen und der Handlungsweise des Gezwungenen entgegengesetzt, widersprechend sein. Denn sonst und außerdem bedürfte es gar keiner Nöthigung und der Zweck des Zwanges wäre bereits vorhanden und erreicht. Aus ganz demselben Grunde muß der Gezwungene auch nicht von selbst, spontaneisch und ohne Zwang, sondern nur durch diesen, durch eine äußere fremde, wenn auch widerstehliche Gewalt des Zwingenden bestimmt, seinen bisherigen Trieb, Willen und sein Handeln geändert, vermöge dieses nun geänderten Triebes und Willens die von dem Zwingenden bezweckte Handlung gethan haben. Diese also erzwungene Handlung des Gezwungenen ist daher, des Zwanges ungeachtet, dennoch eine Handlung des Willens desselben und zwar des freien, weil aller Zwang von außen dem Willen widerstehlich und bezwingbar ist. (§. 28.)

§. 82.

7) Widerstreit des Triebes und Willens des Zwingenden und Gezwungenen.

Die ursprüngliche Handlungsweise und der ursprüngliche Trieb und Wille des zu Zwingenden muß nämlich stets dem Triebe und Willen des Zwingenden entgegengesetzt und widersprechend, diesem unangenehm sein, daher von diesem eine Aenderung jener Handlungsweise und jenes Willens des zu Zwingenden in den entgegengesetzten, mit dem des Zwingenden übereinstimmenden mittelst des Zwanges bezweckt werden. Deßhalb ist auch dieser nicht auf irgend eine, sondern grade auf die mit dem Willen des Zwingenden übereinstimmende Handlung des Gezwungenen gerichtet. (§. 32. 34—37. 146. 137. ff.)

§. 83.

8) Zufügung von etwas Unangenehmen.

Das Mittel des Zwanges zur Erreichung des Zweckes desselben ist die Zufügung von etwas Unangenehmen oder eine Handlung des Zwingenden, wodurch dem zu Zwingenden (§. 79.), nicht einem Andern, das von dem Triebe grade desselben begehrte, Lust, Vergnügen, Gefallen erregende Object entzogen oder das von ihm grade verabscheute, Unlust — Mißvergnügen, Mißfallen — erregende mit ihm vereinigt wird. Das Unangenehme ist daher zum Begriffe des Zwanges wesentlich. Wird Jemand durch Angenehmes zu einem Thun oder Lassen veranlaßt, so ist dieß keine Nöthigung, kein Zwang, sondern Verlockung oder Ver-

Digitized by Google

führung u. s. w. Das Gute (Gerechte) und Böse (Ungerechte) ist an und für sich weder angenehm noch unangenehm. Daher kann man weder durch jenes noch durch dieses zwingen, weil der Trieb und Wille des zu Zwingenden an und für sich weder grade jenes noch grade dieses will oder nicht will, begehrt oder verabscheut, weder grade gut noch grade bös ist. Eben so wenig vermag man durch's Wahre oder Schöne Jemanden zu zwingen, weil auch dieses an und für sich weder angenehm noch unangenehm ist.

§. 84.

Anwendung auf die Strafe.

Auch die Strafe muß grade dem Verbrecher, also subjectiv und im concreten Falle unangenehm sein. (Dieser Ausdruck „unangenehm" ist, weil ein wissenschaftlicher Kunstausdruck der Psychologie, bestimmter als der „sinnliches Uebel".) Dieß folgt schon aus §. 25. u. 85. Hiergegen ist mit Unrecht Marezoll,[1]) im Widerspruche mit seiner Theorie der Reaction und dem Satze, daß die Strafe eine nothwendige Maaßregel der Reaction gegen das Unrecht zur Aufrechthaltung des Rechtszustandes, eine harte oder gelinde u. s. w. sein soll. Selbst wenn die Strafe des gemeinen Besten wegen verhängt wird, fragt sich's dennoch, ob in dem Falle, wo dem Verbrecher das Strafmittel angenehm ist [und dieß dem ganzen Volke bekannt], dieses also als Belohnung seiner Wirkung nach erscheint, es fragt sich, ob in diesem Falle die Strafe ihrem Wesen, Begriffe und ihrer Wirkung nach eine Strafe sei und ob sie dem gemeinen Besten diene. Gegen das Merkmal des „Unangenehmen" in der Strafe, als ein wesentliches bei einem jeden einzelnen concreten Verbrecher, ist auch Mittermaier[2]) im Widerspruche mit seiner Gerechtigkeitstheorie. Nach dieser soll Strafe das äußerste Mittel der Strafgewalt zur Erreichung des Strafszwecks sein und nur, wenn es nothwendig ist und durch andere geringere nicht ersetzbar, eine Folge der Verschuldung und ein verdientes Uebel. Alle diese Merkmale passen nicht auf den Fall, wo dem Verbrecher die Strafe angenehm, eine Belohnung ist. Diese kann nicht Folge der Verschuldung, nicht ein äußerstes, nicht ein, nur durch seine Nothwendigkeit gerechtfertigtes und wahrlich kein Mittel zur Erreichung des Strafzwecks genannt wer-

1) in s. Lb. d. g. d. Straf-R., Leipzig, 1841. §. 35. not. 2. S. 102. — V. §. 3. S. 8. ff. auch Abegg, Lb. §. 115. S. 176.
2) zu Feuerbach, Lb. d. peinl. R., 13. Aufl. 1840. §. 137. not. d. S. 206. f.

Digitized by Google

den. Dieß hieße auf ein Verbrechen in möglichen concreten Fällen eine Belohnung setzen. Selbst wenn die Ansicht des Verbrechers von dem Angenehmen der Strafe eine Selbsttäuschung ist oder das Verlangen nach der Verbesserung der irdischen Lage, so ist die Strafe dann nach dem Grunde und Zwecke derselben und des Gesetzgebers und in den Augen der Mitbürger und Strafgerechtigkeit keine Strafe mehr, noch weniger ein Zwang. Der Gesetzgeber thut daher Recht, auch solche außerordentliche Fälle im Gesetze vorher zu sehen. Begnadigung kann hier, wo dem wirklichen Verbrecher die Strafe angenehm ist, nicht helfen und ein Strafverwandlungs- — hier Strafschärfungsrecht wider den Willen des Verbrechers giebt es nicht.[3]) Moralisch ist natürlich jede Strafe für jeden Verbrecher ein Gut, eine Wohlthat, physisch aber darf sie es nie sein. Sonst ist sie kein „Zwang" und kein Ausfluß der strafenden Gerechtigkeit.

§. 85.

Der Trieb des zu Zwingenden das nächste, der Wille das entfernte Object.

Der Trieb des zu Zwingenden wird durch den Zwang unmittelbar, der Wille desselben mittelbar durch dessen eigenen (erzwungenen) Trieb bestimmt. Die erzwungene Handlung des Willens soll also nicht unmittelbare Wirkung des Zwanges, sondern nur mittelbare Wirkung desselben als entfernten Grundes sein. Der Zwang nämlich ist nicht auf eine unmittelbar körperliche Handlung oder unmittelbar auf den Willen des Andern, sondern nur mittelbar, zunächst aber und unmittelbar auf den Trieb des Genöthigten gerichtet. Denn nur dieser ist unmittelbaren äußern Eindrücken und Einwirkungen Andrer und der Sinnenwelt zugänglich, nicht aber der Wille. (§. 16. 25. ff. 52.) Der Trieb des Andern ist das nächste und unmittelbare Object des Zwanges. Indem man daher auf den Trieb des Andern durch Zufügung von

3) Denn der Verbrecher hat ein Recht auf die gesetzliche, wahre, bestimmte Strafe, Strafart und Strafgröße. Auch erklärt kein positives Recht den Umstand, daß einem Verbrecher einmal eine Strafart und Strafe angenehm sei, für eine physische oder rechtliche Unmöglichkeit der Vollziehung derselben und für einen Grund der Strafverwandlung durch das Gericht (l. 1. §. 3. l. 5. pr. d. poen. P. G. O. Art. 216. l. 1. d. requir. reis. 48, 17.), vielmehr ist jener Umstand nach positivem Rechte und für den Richter einflußlos. (l. 3—6. d. legg. 1, 3. l. 1. u. 2. d. cadav. pun. 48, 24. l. 24. d. poen. Reichsschl. v. 30. Juli 1668.) Wenn übrigens dem Verbrecher die Strafe auch als Wohlthat angenehm erscheinen kann, ohne ihren Begriff, Grund und Zweck in dem concreten Falle aufzuheben, wie unterscheidet sie sich dann von bloßen Sicherheitsmaßregeln? (S. C. G. B. Art. 67.) Diese sollen und dürfen nicht unangenehm, als Strafe, erscheinen.

Digitized by Google

etwas Unangenehmen wirkt, der Trieb aber, dieses verabscheuend, zur Vermeidung desselben den Willen des Genöthigten veranlaßt oder bestimmt zu dem vom Zwingenden begehrten und bezüglich verabscheuten und gewollten Thun oder Lassen, hat man hierzu genöthigt oder gezwungen. Dieß, daß der Trieb des Genöthigten das nächste Object des Zwanges sei und nicht der Wille, dieß gehet auch noch daraus hervor, daß das Mittel oder der Inhalt des Zwanges das Unangenehme (§. 83.) ist, das Object der Vernunft folglich auch des ihr stets gehorchen sollenden Willens aber das Gute. (§. 26.) Ist nun 1) dieses, das Gute, zugleich angenehm oder ist das Unangenehme zugleich bös, so stimmen Trieb, Wille und Vernunft gleich ursprünglich überein, jenes zu thun, dieses zu lassen. Diese Uebereinstimmung zwischen Willen, Vernunft und Trieb kann der Zwingende aber dadurch aufheben, daß er mit jenem angenehmen Guten, wenn es von dem Genöthigten gethan und nicht unterlassen wird, und mit jenem unangenehmen Bösen, wenn es unterlassen und nicht gethan wird, etwas bezüglich noch Unangenehmeres verbindet. Hierdurch wird der, jenes angenehme Gute begehrende und jenes unangenehme Böse verabscheuende Trieb aufgehoben und in den entgegengesetzten, jenes verabscheuenden, dieses begehrenden Trieb verwandelt, so, daß nun ein Widerstreit zwischen diesem Triebe und jenem ursprünglichen, der Vernunft folgenden Willen eintritt. Dieser wird aber wieder dadurch gehoben, daß dieser neue Trieb jenen ursprünglichen Willen bewältigt und nöthigt, in Uebereinstimmung mit ihm, diesem neuen Triebe, und im Widerspruche wit der Vernunft jenes angenehme Gute nicht zu thun, sondern zu unterlassen und das unangenehme Böse nicht zu unterlassen, sondern zu thun, weil jenes Thun und dieses Unterlassen durch äußere Eindrücke unangenehm, bezüglich noch unangenehmer gemacht worden war. Nach dem Satze des Widerspruchs wird hier also durch die Zufügung von etwas Unangenehmen das ursprüngliche Thun in ein Unterlassen und das ursprüngliche Unterlassen in ein Thun und die ursprüngliche Uebereinstimmung des Triebes, des Willens und der Vernunft dadurch, daß der erstere die entgegengesetzte Qualität annimmt, in Widerstreit des Triebes mit dem Willen und der Vernunft, dieser Widerstreit aber dadurch wieder in Uebereinstimmung mit dem Willen — nicht aber auch mit der Vernunft, verwandelt, daß der Wille auch der, seiner und des Triebes ursprünglichen Qualität entgegengesetzten des Triebes nachfolgt. Ist aber 2) das Angenehme bös oder das Unangenehme gut, so will

Digitized by Google

der Trieb jenes thun, dieses unterlassen, der Wille auf das Gebot der Vernunft jenes unterlassen und dieses thun. Hier ist also gleich ursprünglich Widerstreit zwischen Trieb, Willen und Vernunft vorhanden. Wird nun von außen und durch fremde Eindrücke jenem vom Triebe begehrten angenehmen Bösen, wenn es nicht gethan, sondern unterlassen wird, und diesem vom Triebe verabscheuten unangenehmen Guten, wenn es gethan und nicht unterlassen wird, etwas bezüglich noch Unangenehmeres hinzugefügt, so wird der Trieb so mächtig und stark, daß er den ihm ursprünglich entgegengesetzten, mit der Vernunft übereinstimmenden Willen nöthigt, ihm, dem Triebe, zu folgen, mit ihm in Uebereinstimmung sich zu setzen und das angenehme Böse zu thun und das unangenehme Gute zu unterlassen. — Der Zwang muß daher stets und *wesentlich sowohl* auf den Trieb [1]) *als auf den Willen* des Andern gerichtet sein, *insbesondere auch stets auf den letztern*, kann aber auf diesen nur mittelbar durch den Trieb wirken.

§. 86.

Anwendung auf die Strafe.

Es ergiebt sich mithin (§. 85.) aus dem natürlichen Verhältnisse des Triebes zum Willen, aus der natürlichen Einrichtung und aus der Natur des erstern wie des letztern und aus dem Begriffe des Zwanges, daß auch die Strafe, die jedenfalls und unbestritten ebenfalls ein Zwang ist, nur durch den *Trieb* auf den Willen, zunächst und unmittelbar auf jenen, mittelbar auf diesen wirken kann, gerichtet ist und gerichtet werden muß. Diese alleinige und ausschließliche Beziehung der Strafe auf den Willen (*durch den Trieb*) spricht sowohl das gemeine teutsche [1]) Strafrecht, als das C. G. B. für Sachsen [2]) aus. Der (auf Antrag der Ständeversammlung in Art. 27. mit dem ursprünglichen: „gesetzwidriger

1) Auch die Strafe. Hiergegen scheint zu sein *Mittermaier* zu *Feuerbach*, §. 20. a. S. 41. ff.

1) l. 53. pr. l. 39. d. furt. 47, 2. l. 16. §. 8. d. poen. 48, 19. l. l. §. 3. l. 12. 14. ad l. Corn. d. sic. 48, 8. l. l. pr. d. extraord. crim. 47, 11. l. 41. §. ult. ad l. Aquill. 9, 2. c. 1. si adv. del. 2, 35. c. 5. ad l. Jul. maj. 9, 8. c. l. 5. 7. ad l. Corn. d. sic. 9, 16. c. 20, d. furt. 6, 2. — §. 8. a. E. d. Obl., quae ex del. 6, 2. — can. 28. 30. 25. 19. 20. 23. Caus. XXIII. qu. 3. (d. Poen. Dist. I.) — P. G. O. Art. 178. 146. 148. — *Welcker*, d. letzten Gründe v. Recht, Staat u. Strafe, Gießen, 1813. S. 487. ff. 553—559.

2) Art. 27. „mit einer dem *Grade* der an den Tag gelegten *Böswilligkeit* angemessenen Strafe." — Art. 42. „d. Grad der Strafe hat d. Richter festzusetzen.... nach dem *Grade* der gezeigten *Böswilligkeit*." Art. 31.

Digitized by Google

Wille" vertauschte) Ausdruck „Böswilligkeit" in Art. 27. 42. 291. ist freilich nicht ganz richtig. Einmal, weil das Wort „bös" auch unsittliche, unmoralische, nicht blos rechts- oder gesetzwidrige, nicht blos äußere, sondern auch innere Handlungen umfaßt. Sodann aber hat der „böse Wille" und dessen Gesetzwidrigkeit eigentlich und ursprünglich keine Grade. Denn der Wille ist an und für sich weder gut noch böse, er ist ja blos die ausführende Kraft für die praktische Vernunft oder den Trieb. Blos von dem letztern wird der Wille zu, dem Triebe angenehmen Handlungen angetrieben, welche nach der Vernunft bös, nach dem Rechtsgesetz widerrechtlich, nach dem Strafgesetze strafbar sind. Wohl aber hat der Trieb Grade der Stärke, Festigkeit, Schwäche u. s. w. Insofern nun dieser den Willen antreibt, seine Stärke und Grade diesem mittheilt, insofern kann man allerdings auch von des letztern, denen des Triebes stets entsprechenden Graden der Stärke, Festigkeit u. s. w. sprechen.[3]) Falsch aber ist es, das Verbrechen einen „Willensfehler" zu nennen;[4]) nicht nur aus obigen Gründen, sondern auch wegen der Zweideutigkeit des Ausdruckes, als sei der Wille als Anlage, als ursprüngliches Vermögen schon fehlerhaft, da das Verbrechen nur das Product eines einzelnen, empirischen Willens ist.

§. 87.

Grund des Zwanges.

Der unmittelbare und nächste Grund des Zwanges ist der Widerstreit des Triebes, Willens und des Handelns des zu Zwingenden mit dem des Zwingenden. Der Trieb des letztern zwingt deshalb, weil ihm der Trieb, Wille und das Handeln des Andern unangenehm, der Wille und die Vernunft des Zwingenden, weil der Wille des Andern seiner Vernunft nicht, sondern vom Triebe bestimmt, diesem folgt und bös (ungerecht) ist.[1])

Anm. Dieß ist der nächste thatsächliche Grund der Strafe, nach allen Strafrechtstheorien. In Bezug auf jenen sind diese alle absolute und übereinstimmend. Denn andere thatsächliche Gründe des Zwanges und der Strafe giebt es nicht. (§. 242.)

3) Vergl. auch Mittermaier, Arch. d. Crim R. Neue Folge, Jahrg. 1835. S. 608. not. 4. S. unten §. 162. e.
4) wie Martin, Lb. §. 32. not. 10. S. 72. und viele thun.

1) Eine ziemlich ähnliche Idee von der Strafe hat Zöpfl, Ueber die Rechtmäßigkeit d. Todesstrafe, Heidelberg, 1839. S. 19.

Digitized by Google

§. 88.

Der Zweck des Zwanges.

ist Aufhebung des Widerstreits (Uebereinstimmung) zwischen dem, (dem Zwingenden unangenehmen) Triebe oder dem Willen und dem Handeln des zu Zwingenden und dem des Zwingenden durch Aenderung des positiven oder negativen, mit dem des Zwingenden widerstreitenden Triebes, Willens oder Handelns des zu Zwingenden in den oder das der Qualität nach entgegengesetzte, dem des Zwingenden nicht widerstreitende, übereinstimmende, (nicht identisch mit dem Zwecke der Besserung) oder: Wiederherstellung des frühern — dem des Zwingenden nicht widersprechenden — Triebes, Willens und Handelns des zu Zwingenden oder: Bewirkung der Uebereinstimmung jenes und dieses. Also nur Aenderung des Triebes, Willens und der Handlungsweise des zu Zwingenden und zwar nur der Qualität nach ist Zweck des Zwanges, nicht aber Aufhebung, Austilgung, Vernichtung des einzelnen abgeleiteten oder empirischen Triebes, Willens oder Handelns des zu Zwingenden aus der Zeit und dem Raume. Denn diese ist physisch unmöglich. Was einmal in Raum und Zeit da, wirklich oder real gewesen und geschehen ist, kann nicht gänzlich ungeschehen gemacht, es kann nicht bewirkt werden, daß dieß überhaupt nie da oder wirklich gewesen wäre.

§. 89.

Anwendung auf das Strafrecht.

Aus diesem letztern Grunde ist als Zweck der Strafe unhaltbar: Vernichtung des Ungerechten, Austilgung der verbrecherischen Schuld, Vernichtung oder Neutralisirung des Verbrechens, Herstellung des durch das Verbrechen verletzten Rechtsgesetzes (der Rechtsordnung u. s. w., relative, insbesondere Vergütungstheorien §. 243.) Dieser Herstellung bedarf es ja gar nicht. Ein einzelner Verbrecher ist nicht im Stande, die ganze Rechtsordnung, das ganze Rechtsgesetz u. s. w. zu vertilgen, aufzuheben, seinem Dasein nach zu vernichten durch sein einzelnes Verbrechen. Recht, Gesetz und Rechtsordnung bleiben ungeachtet einer Verletzung. Es bedarf daher keiner neuen Wiederherstellung. Auch Besserung ist nicht Zweck des Zwanges. Denn der Zwingende hat den besondern, thatsächlichen Zweck der Aenderung des bisherigen, dem seinigen widerstreitenden, einzelnen Triebes, Willens und Handelns des zu Zwingenden in einen dem seinigen, dem des Zwingenden, nicht widerstreitenden Willen und in ein nicht widerstreitendes Handeln

Digitized by Google

oder den Zweck der Uebereinstimmung, abgesehen von der allgemeinen, moralischen Besserung. Selbst die rechtliche Besserung, als solche, ist nicht Zweck des Zwanges, sondern zufällige Folge desselben.

§. 90.

Bedingung, Inhalt, Umfang und Qualität des Zwanges.

Durch den aus dem Begriffe des Zwanges abgeleiteten Grund und Zweck desselben (§. 87. 88.) ist auch dessen Bedingung, Eintritt, Inhalt, Umfang (Grenze), Maaß und Quantität (Gerechtigkeitstheorien §. 240, 242.) unter vernünftigen Wesen gefunden und von der Vernunft angegeben, bestimmt und begrenzt. Die Bedingung des Eintritts des Zwanges ist das wirkliche Dasein des Grundes derselben, d. h. ein Trieb, Wille und eine Handlungsweise des zu Zwingenden, welche dem und der des Zwingenden wirklich widerstreiten. Der Inhalt und Umfang, so wie die Größe und das Maaß des Zwanges oder des Unangenehmen bestimmt sich ganz nach dem Inhalte, Umfange, der Größe und Stärke des Triebes des zu Zwingenden, auf den gewirkt werden soll, der zu unterdrücken und zu bewältigen und der die Quelle jenes Widerstreits und jener Handlungsweise ist. Der Zwang und das Unangenehme muß daher in vernünftigem Verhältnisse zu dem Triebe stehen, nicht größer und stärker, aber auch nicht kleiner und schwächer als dieser sein. (§. 25. 83. 85.) Der Qualität nach muß der Zwang oder die Handlung desselben natürlich positiv sein, weil er in der Zufügung von etwas Unangenehmen besteht. Dieses letztere selbst aber kann theils etwas Negatives, theils etwas Positives sein, je nachdem der Trieb des zu Zwingenden, auf den und durch den gewirkt werden soll, ein Verabscheuungs- oder Begehrungstrieb ist. — Zugleich ist durch den Grund und Zweck des Zwanges auch der Umfang des natürlichen und positiven Rechts, des Privatrechts sowohl als des Strafrechts und der Verbrechen bestimmt. Denn wo der Grund und die Möglichkeit des Zwanges, so wie die Erreichung des Zweckes des Zwanges wegfällt, da giebt es auch kein Recht, kein Privatrecht, kein Strafrecht, kein Verbrechen. (§. 31. 35. 38. ff. 50.)

§. 91.

Wesentliche Erfoderniße des rechtlichen Zwanges.

Die bisher angegebenen Erfoderniße und Eigenschaften des Zwanges haben sich schon aus dessen Begriffe ergeben, sind allgemeine und daher bei dem rechtlichen oder rechtmäßigen Zwange

wesentlich. Besondere wesentliche Merkmale des rechtlichen Zwanges sind die aus dem Begriffe des Rechts sich ergebenden, insofern sie in jenen allgemeinen nicht schon enthalten sind, was bei den meisten der Fall ist. Auch von dem rechtlichen Zwange kann daher nur die Rede sein in der Coexistenz mehrerer sinnlich-vernünftiger Wesen, (jedoch auch vor einem Staate und außerhalb desselben) und nur unter der Voraussetzung der physischen und psychischen Möglichkeit der Existenz eines jeden sinnlich-vernünftigen Wesens als solchen, des Zwingenden sowohl, als des zu Zwingenden. (§. 31. 43. 50.) Auch der Grund, Zweck, Inhalt und Umfang, so wie die Grenze des Rechts (§. 37—39.) wie des Zwanges überhaupt (§. 87. 88.) sind auch dem rechtlichen Zwange gemein, nur daß zu Allem noch der Begriff und das wesentliche Merkmal des Rechts, des Rechtlichen kommt, und alles sich auf dieses, als Gegenstand, beziehen muß. Der rechtliche Zwang wird entgegengesetzt dem widerrechtlichen oder unrechtmäßigen und ist eben deßhalb rechtlich.

§. 92.

Grund des rechtlichen Zwanges.

Daher ist der thatsächliche Grund des rechtlichen — sich auf das Recht beziehenden — Zwanges: der (widerrechtliche) Widerstreit der widerrechtlichen — das Recht des Zwingenden verletzenden, aus dem Triebe entspringenden äußern Handlungsweise des zu Zwingenden mit der des Zwingenden. Der rechtliche Grund des Zwanges ist der des Rechts, (§. 38.), also die Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit desselben zur Sicherheit des Rechts und der äußern Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit aller Menschen innerhalb oder außerhalb des Staats. (§. 87. not. 1.)

§. 93.

Der Zweck des rechtlichen Zwanges

ist [rechtliche oder rechtmäßige, gerechte] Aufhebung des (widerrechtlichen) Widerspruchs (oder Uebereinstimmung) der das Recht des Zwingenden und die Rechtspflicht verletzenden äußern Handlungsweise des zu Zwingenden mit der des Zwingenden; oder: Aenderungen jener in die der Qualität nach entgegengesetzte, mit dieser übereinstimmende, diese, oder das Recht des Zwingenden nicht verletzende, also: Recht, (§. 34—36. 87. 88. §. 87. not. 1.) oder: Wiederherstellung dieser frühern — der Nichtverletzung von Rechten; oder endlich: Wiederherstellung des Rechts.

Digitized by Google

§. 94.

Die Bedingung des rechtlichen Zwanges.

ist das Dasein des Grundes desselben (§. 92.) oder des Grundes des Rechts und des Zwanges (§. 38. 87.) und die Möglichkeit der Erreichung des Zweckes (§. 88.) des Rechts (§. 38.) und des Zwanges; er selbst oder der Eintritt desselben ist das bedingte. Bedingung des rechtlichen Zwanges ist also dessen Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit zur Sicherheit des Rechts, der äußern Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit Aller, insbesondere des Zwingenden, der wirkliche Widerspruch der äußern Handlungsweise oder des Triebes des zu Zwingenden mit der des Zwingenden und die Möglichkeit der Aufhebung desselben oder der Herstellung der Uebereinstimmung beider Handlungsweisen durch die Aenderung der des zu Zwingenden in die der Qualität nach entgegengesetzte, mit der des Zwingenden und aller Andern übereinstimmende; und endlich Möglichkeit der Herstellung des Rechts, der äußern Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit des Zwingenden, zu Zwingenden und aller Andern.

§. 95.

Die Größe des rechtlichen Zwanges,

sowohl die äußere oder der Umfang, (die Zwangsmittel oder Strafarten) als die innere oder intensive (die Höhe oder das Maaß des Zwanges und der Strafe) wird ebenfalls bestimmt durch seinen Grund und Zweck (§. 92. 93.) oder den des Rechts (§. 38. 39.) und des Zwanges. (§. 87. 88.) Der eigentliche, ursprüngliche und erste — der Urgrund und die Urquelle des Widerstreits der äußern, das Recht des Zwingenden verletzenden Handlungsweise ist die praktische Sinnlichkeit des zu Zwingenden oder der Trieb. (§. 35.) Der erste, ursprüngliche und unmittelbare Zweck des Rechts wie des Zwanges (§. 39. 87.) ist Aufhebung oder Unterdrückung dieses Triebes und der einzige mögliche nächste und unmittelbare Gegenstand des Zwanges ist nur der Trieb des zu Zwingenden. (§. 85.) Folglich muß auch der Zwang oder das Unangenehme als Mittel und Folge in Bezug auf seine innere und äußere Größe (Inhalt und Umfang) und in Bezug auf sein Maaß und seine Grenze hauptsächlich bestimmt worden durch die Größe des zu unterdrückenden oder aufzuhebenden Triebes, als Grundes. Wie groß daher dieser ist, so groß kann, muß, darf und soll der Zwang oder das Unangenehme sein, schon nach den Sätzen des Widerspruchs, der Ursachlichkeit, Klugheit und Zweckmäßigkeit, oder — was ganz

Digitized by Google

einerlei ist, wie groß der durch eben jenen Trieb angetriebene Wille des zu Zwingenden — oder endlich, was ebenfalls ganz gleichbedeutend ist, wie groß der äußere, durch die (rechtswidrige) Handlung verursachte Erfolg oder Schaden oder wie groß diese äußere Handlung selbst ist, so groß an Inhalt und Umfang der Zwang oder das Unangenehme. Denn der Wille des zu Zwingenden ist — insofern er rechtswidrig ist, einzige und alleinige unmittelbare Wirkung des Triebes, als einziger und unmittelbarer Ursache, da der Wille an und für sich nicht bös, nicht ungerecht, bloße ausführende Kraft, bloßes Mittel der Ausführung entweder der Gebote der Vernunft oder der Antriebe des Triebes ist. Die äußere Handlung, der äußere Erfolg und Schade ist ebenfalls — als Handlung — bloße und einzige unmittelbare Wirkung des von dem Triebe allein als einziger Ursache angetriebenen Willens, folglich auch einzige mittelbare Wirkung des Triebes, als einziger — wenn auch mittelbarer Ursache. Natürlich muß die Wirkung ihrer Ursache an Größe ganz gleich sein, folglich die äußere Handlung und der äußere Erfolg dem Triebe. Oder, was dasselbe ist, jene, die äußere Handlung und der äußere Erfolg, ist der äußerlich erkennbar gewordene, objectivirte Trieb selbst, mit diesem identisch, und Mittel der äußern Erkennbarkeit des Triebes und seiner Größe. Je größer an Wichtigkeit und Bedeutsamkeit des verletzten Rechts oder Gutes, nach Art, Umfang, Qualität und Quantität der Folgen, und an Dauer die Verletzung war, je größer an Inhalt und Umfang daher der äußere Erfolg oder Schade einer Handlung und je größer an Inhalt und Umfang das verletzte Recht und die Verletzung desselben, ein um so größerer, stärkerer, festerer und heftigerer Trieb an Inhalt, Umfang und Ausdauer war zur Hervorbringung jenes Erfolgs und der Verletzung jenes Rechts erfoderlich. Insofern ist es also allerdings richtig, wenn gesagt wird, die Strafbarkeit oder die Größe des Zwanges sei auch nach der äußern objectiven Beschaffenheit der That, — des äußerrn Erfolges oder Schadens zu bestimmen und ganz identisch und übereinstimmend mit der Bestimmung der Größe der Strafe nach der Größe des (bösen) Willens oder des Triebes (subjective Strafbarkeit). Allein falsch ist es, diese beiden Maasstäbe der Strafbarkeit als verschiedene und cumulative zu betrachten und zu sagen, diese sei sowohl nach der Größe des äußern Erfolgs als des Willens oder Triebes zu bestimmen, da sie vielmehr wesentlich und materiell nur electiv nach jenem oder nach diesem zu bestimmen ist. Die Unterschei-

Digitized by Google

dung der objectiven und subjectiven Strafbarkeit als zwei verschiedener Maaßstäbe ist daher falsch. Denn der äußere Erfolg oder Schade als solcher und an und für sich allein ist nicht strafbar, nicht rechtswidrig, sondern zufällig, er ist nur als Product und Wirkung des Willens und Triebes, und nur insofern er dieses ist, ein Maaßstab oder ein Mittel der Erkennbarkeit der Größe und Strafbarkeit des Triebes. (§. 85. 86.) Auch das sächs. C. G. B. Art. 42. will die Strafe ausgemessen wissen „nach der besondern Beschaffenheit der zu bestrafenden Handlung und nach dem Grade der dabei gezeigten Böswilligkeit" und im Art. 43.: „nach der Größe der Verschuldung und des dadurch verursachten Schadens". Praktisch ist das Resultat nicht verschieden, da auch nach der hier aufgestellten Ansicht die äußere, objective Beschaffenheit der Handlung stets, aber nur als Mittel und Grund der Erkenntniß der subjectiven Strafbarkeit, bei der Zumessung der Strafe, zu berücksichtigen ist. Zugleich erhellt aus diesen Erörterungen, daß es ein mindestens ungenauer Ausdruck ist, die Größe des Zwanges nach der des bösen Willens oder der „Böswilligkeit", (S. C. G. B. Art. 27. 42.), wie alle Criminalisten und Gesetzbücher sagen, zu bestimmen, und den Willen zu strafen, da dieser nie an und für sich bös, bloßes Mittel, der Ausführung entweder der Gebote der Vernunft oder der Antriebe der Sinnlichkeit, (§. 16. 25. ff. §. 85. 86.), sondern höchstens schwach, vom Triebe überwältigt ist und da nicht der Wille, sondern der Trieb die erste, ursprüngliche Haupt- und Grundursache rechtswidriger äußerer Handlungen und deßhalb nicht jener, sondern dieser durch Zwang und Strafe zu unterdrücken, unter das Recht und Rechtsgesetz zu beugen ist.

§. 95. a. (96.)

Positive Gesetze.

Also auch nach der hier vorgetragenen Theorie ist und soll sein die Strafe die verdiente[1]), gerecht, einzig und allein der Schuld und Gerechtigkeit angemessen, nur aus der Handlung selbst, aus der ganzen Handlung nach allen Seiten, nicht nach andern Rücksichten abgemessen werden, also wie nach den sog. Gerechtigkeitstheorien, nicht aber nach der Gefährlichkeit, wie in Art. 26. des S. C. G. B.

1) l. 11. pr. d. poen. 48, 19. l. 4. §. 1. in f. d. incendio. 47, 9. Baiersch. Str. g. b. I. Art. 90—98. u. die Anmerk. dazu I. S. 129—132. 223. — Deput. ber. d. I. K. Mitth. S. 179. 2. A. Beil. II. Abthl. Slg. I. S. 2. ff.

Digitized by Google

und nach der Warnungstheorie, Abſchreckung u. ſ. w., auch in der Regel nicht nach den innern — moraliſchen, guten — Motiven, Beweggründen, Entzwecken, (§. 71. not. 2.) nach der Oeffentlichkeit oder Heimlichkeit der That, (unten §. 162, d.) u. ſ. w. Hiermit ſtimmt auch das ſächſ. C. G. B. (ſ. jedoch Art. 26.) und das gemeine teutſche Recht[2]) im Allgemeinen überein. (§. 86. 95.) Als ſpecielle Maaßſtäbe der Ausmeſſung der Schuld und der Strafe führt das ſ. C. G. B. noch an: Art. 109. bei der Befreiung von Gefangenen: Grad der angewendeten Gewalt und Art des dem Inhaftirten zur Laſt fallenden Verbrechens; Art. 126. beim Kindesmord: Zeit[3]) des gefaßten Entſchluſſes; Art. 155. beim widerrechtlichen Gefangenhalten: Dauer und Art der Freiheitsberaubung; Art. 166. bei der Erpreſſung ohne Gewalt: erlangter oder beabſichtigter Vortheil, (vergl. Art. 223. 241. 242. 245. 248. 286.); Art. 170. bei der Bedrohung: Beſchaffenheit des angedrohten Uebels uud Verhältniſſe des Bedrohers und des Bedrohten; Art. 175. bei

---

2) l. 16. d. poen. 48, 19. Aut facta puniuntur, ut furta, caedesque: aut dicta, nt convicia, et infidae advocationes: aut scripta, ut falsa, et famosi libelli: aut consilia, ut conjurationes et latronum conscientia: quosque alios suadendo iuvisse, sceleris est instar. §. 1. Sed haec quatuor genera consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu. §. 2. Causa, ut in verberibus: quae impunita sunt a magistro allata, vel parente: quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi. puniuntur, cum quis per iram ab extraneo pulsatus est. §. 3. Persona dupliciter spectatur: eius qui fecit, et eius qui passus est. Aliter enim puniuntur, ex iisdem facinoribus servi, quam liberi: aliter qui quid in dominum parentemve ausus est, quam qui in extraneum, in magistrum vel in privatum. † In eius rei consideratione aetatis quoque ratio habeatur. §. 4. Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit, et capite luendum, vel minore supplicio. §. 5. Tempus discernit emansorem a fugitivo: et effractorem, vel furem diurnum a nocturno. §. 6. Qualitate, cum factum, vel atrocius, vel levius est, ut furta manifesta a nec manifestis discerni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia. §. 7. Quantitas discernit furem ab abigeo: nam qui unum suem subripuerit, ut fur coercebitur, qui gregem, ut abigeus. §. 8. Eventus spectetur, ut a clementissimo quoquo facta. (quanquam Lex non minus eum qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit, puniat:) et ideo apud Graecos exilio voluntario fortuiti casus luebantur. §. 9. Evenit, ut eadem scelera in quibusdam Provinciis gravius plectantur, ut in Africa messium incensores, in Mysia, vitium: ubi metalla sunt, adulteratores monetae. §. 10. Nonnunquam evenit, ut aliquorum maleficiorum suplicia exacerbentur, quotiens nimirum multis personis grassantibus exemplo opus sit. c. 6. X. d. homicid. „quantitas, qualitas delicti, actas, scientia, sexus, conditio deliquentis, — locus, tempus“ etc.

3) Auf Zeit und Ort wird noch geſehen C. G. B. Art. 227—231., ſo, daß Ort und Zeit beſondere Verbrechen machen (bei Diebſtählen) —; auch in l. 2. d. effractor. 47, 18. l. 16. §. 4. 5. d. poen. 18, 19. P. G. O. Art. 171—173.; ferner C. G. B. Art. 171, 2. 172, 1. 5. Art. 190.

Digitized by Google

der Brandstiftung an unbewohnten Gebäuden, Waldungen u. s. w., ferner Art. 181. bei der Verbreitung von Viehseuchen oder Vergiftung von Weiden; Art. 283. bei dem unbefugten Aufsuchen von Perlenmuscheln in öffentlichen Flüssen; Art. 288. bei Beschädigung fremden Grundeigenthums, (Beweggründe, Bosheit oder Muthwillen und) so wie endlich Art. 291. beim Baumfrevel (Böswilligkeit und) verursachter Schaden[4]) (und mögliche Gefahr); Art. 201. bei Ehrverletzungen: Stellung des Beleidigten und Verhältniß desselben zum Beldidiger;[5]) Folgen für jenen, Ausdehnung der Beleidigung,[4]) Beschaffenheit derselben nach Zeit, Ort,[6]) Oeffentlichkeit und Beschaffenheit der zu Grunde liegenden Thatsache; Art. 205. bei der Selbsthülfe: Widerrechtlichkeit der Mittel;[7]) Art. 286. bei ungebührlicher Anmaaßung fremden Grundeigenthums: Werth des Entzognen, (s. Art. 223. 242. 245. 248.); Art. 302. bei dem Mißbrauche Pflegbefohlner oder untergebener Gefangener zur Unzucht: Mißbrauch der anvertrauten Gewalt; und Art. 314. bei der Bestechung: begangene Pflichtwidrigkeit. Hierbei kann die Frage entstehen, ob durch diese besondern und ausdrücklichen Gründe der Strafausmessung bei diesen besondern Verbrechen die allgemeinen — objectiven und subjectiven in Art. 42. — ausgeschlossen und ob nur jene ausschließlich anzuwenden seien. Beide Fragen sind zu verneinen, schon deßwegen, weil jene besondern Gründe der Strafausmessung den allgemeinen in Art. 42. nicht direct widersprechen, sondern im Gegentheile als einzelne besondere, als Unterarten, entweder als subjective oder objective untergeordnet und mit ihnen vereinigt werden können. Die Angabe jener besondern Strafausmessungsgründe bei besondern Verbrechen im C. G. B. hat nur den Zweck, bei diesen jene als hauptsächlich und vorzugsweise neben den allgemeinen in Art. 42. zu berücksichtigende hervorzuheben und, wenn ja, diesen nur insoweit zu derogiren.[7a]) Persönliches Verhältniß[8]) zwischen dem

4) P. G. O. Art. 124. 112. 113. 127. 160. 162. 167., daher Versuch C. G. B. Art. 43.

5) P. G. O. Art. 124. 130. 137. — vergl. noch C. G. B. Art. 81—96. 97—104. 105—107. 112. 126. 131. 133. 146. 191. 237. 302.

6) l. 7. §. 8. l. 9. §. 1. d. iniur. s. not. 3.

7) Mittel machen besondre Verbrechen, z. B. C. G. B. Art. 230. 234. — l. 28. §. 20. d. poen. 48, 19. P. G. O. Art. 159. 134. 234. — Auch darauf, ob ein Verbrechen Einen oder Mehrere verletzt, wird gesehen C. G. B. Art. 172. 173.

7a.) Motiven zu Art. 288. (L. A. I. Abthl. I. Bd. S. 105.) Deputat. ber. d. II. K. (L. A. III. Abthl. 1. Slg. S. 156. Mitth. S. 4078. 5552.)

8) C. G. B. Art. 81—96. 97—104. 105. 107. 112. 126. 131. 133. 164.

Digitized by Google

Verbrecher und dem Verletzten, Ueberwindung physischer — größerer oder geringerer Schwierigkeiten [9]) der That, die Ausdehnung eines Verbrechens auf Einen oder Mehrere, [10]) Vollständigkeit der Verletzung, Umfang des Schadens und der Folgen des Verbrechens, [11]) die Art und die Mittel der Ausführung, [12]) Zeit- und Ortsverhältnisse, [13]) die Gemeingefährlichkeit des Verbrechens, [14]) die Wichtigkeit des verletzten Rechts nach folgenden Abstufungen, 1) der Ehre, als untersten, 2) des Vermögens, als höheren, 3) der Persönlichkeit und Freiheit, [15]) als noch höhern, und 4) des Lebens, als des höchsten Guts [16]) sind sowohl nach dem sächs. C. G. B. als gemeinen teutschen und ältern sächs. Strafrechte eben so vom Gesetzgeber [17]) befolgte als in dessen Nachahmung vom Richter zu befolgende (objective) Strafausmessungsgründe, doch nur insofern, als sie zugleich Gründe der Ausmessung des rechtswidrigen Willens und Mittel der Erkenntniß desselben sind. Auch diese positivrechtlichen einzelnen objectiven Strafausmessungsgründe sind daher mittelbar subjective und bestätigen die in §. 95. erörterte Ansicht, daß die Strafe allein nach der Größe des rechtswidrigen Willens auszumessen sei. [18])

§. 96. (97.)

Ansichten Andrer.

Die meisten Criminalisten stellen zwei Maasstäbe der Strafbarkeit, den der objectiven und subjectiven, als zwei verschiedene

191. 201. 237. 302. 304. — l. 28. §. 8. d. poen. 48, 19. P. G. O. Art. 124. 130. 137.

9) C. G. B. Art. 109. 119. nr. 2. 157. 163. 166, l. 171, 5. 230. 233. 234. 276, l. 2. — P. G. O. Art. 159. 160. a. E. 172. 174. D. de effract. 47, 18.

10) C. G. B. Art. 172. 173. — l. 28. §. 12. d. poen. 48, 19. c. 5. ad l. Jul. maj. 9, 8. P. G. O. Art. 111. 124. 125. 178.

11) C. G. B. Art. 109. 114. 115. 118. 129. 131. 132. 149. 161. 163. 171. 172. 185. 188. 206. 43. — P. G. O. Art. 112. 113. 124. 127. 160. 162. 167.

12) C. G. B. Art. 230. 232. 233. 234. — l. 28. §. 20. d. poen. 48, 19. P. G. O. Art. 159.

13) C. G. B. Art. 227—231. 171, 2. 172, l. 2. 190. 201. — l. 2. d. effract. 47, 18. l. 16. §. 4. 5. d. poen. 48, 19. l. 7. §. 8. l. 9. §. l. d. iniur. 47, 10. P. G. O. Art. 171—173.

14) C. G. B. Art. 171—181. c. 5. ad l. Jul. maj. 9, 8. P. G. O. Art. 111. 125. 128. 130. 159. 162. l. l. d. effract. 47, 18. R. Pol. O. v. 1577. Tit. 18. §. 2. 5.

15) C. G. B. Art. 145—170. 132—144. — P. G. O. Art. 118. 119. 126. c. 1. X. de furt. 5, 18. c. 16. ad l. Fabiam. 9, 20.

16) C. G. B. Art. 120—131. P. G. O. Art. 131. 133. 137.

17) indem er wegen derselben besondere Verbrechen oder wenigstens besondere Strafen aufstellte.

18) Nach gemeinem Rechte ist die Strafe auch nach dem religiösen u. sittlichen Standpunkte eines Volks auszumessen. Z. B. nov. 77. cap. 1. P. G. O. Art.

Digitized by Google

und zu verbindende auf. Nur Borst[1]) verwirft einen subjectiven Maasstab ganz, Grolman[2]) und Henke[4]) den objectiven. Auf die Größe, Festigkeit und Bestimmtheit des durch das Verbrechen bewiesenen, also erkennbaren Willens wollen gesehen wissen Welcker[3]), Grolmann[2]), Henke[4]) und Wächter[5]), und die meisten neuern Gesetzbücher. Dieselben sind also mit der hier, in §. 95. aufgestellten Ansicht einverstanden, nur daß sie statt die erste und unmittelbare Ursache aller Verbrechen, den Trieb, die zweite und mittelbare, den Willen nennen. Mittermaier[6]) unterscheidet Grade der Zurechnung, Grade (der Klarheit) des Bewußtseins und Grade der Freiheit, der Selbstbestimmung und der Selbstthätigkeit, gewiß mit Recht und in Uebereinstimmung mit den hier in §. 18—24. 64—69. aufgestellten Grundsätzen. Nur hat derselbe nicht den niedrigsten oder mindesten Grad angegeben der als Minimum stets vorhanden sein muß, was nothwendig ist, sobald man einmal Grade unterscheidet. Abgesehen hiervon sind auch die Maasstäbe der Strafbarkeit von Mittermaier nicht ganz richtig benannt. Das Bewußtsein und die Freiheit der Selbstbestimmung sind nicht die Ursache und Quelle der Verbrechen, sondern bloße Voraussetzungen, Bedingungen oder Eigenschaften. Die Strafe aber, nach Mittermaiers Gerechtigkeitstheorie recht eigentlich die Folge oder Wirkung des Verbrechens, muß in Bezug auf Größe ihrer ursprünglichen Ursache, dem Triebe gleich sein, daher nach diesem, nicht nach jenen Bedingungen der Wirksamkeit, der Ursache und der Wirkung, bestimmt werden. Diese Eigenschaften sind allerdings bei der Zumessung der Strafe mit zu berücksichtigen, aber nur mittelbar und hülfsweise, als Gründe und Mittel der Erkenntniß so wie als Maasstäbe der Größe

106. u. Art. 106. 109. 116. 118. 119. 121. 171—173. c. 10. d. episc. et cler. 1, 3. D. d. sepulcr. viol. 47, 12. C. cod. 9, 19. 1, 9. §. 1. ad l. Jul. peculat. 48, 13. Wenn bei allen Verbrechen gegen das Vermögen und Eigenthum aus Gewinnsucht der Werth desselben ein Grund der Ausmessung der Strafe ist, (C. G. B. Art. 50. 51. 223. 241. 242. 245. 248. 286. 166. — P. G. B. Art. 157. 160. c. 52. Th. IV. fernerw. Instr. v. 27. Mai 1783. §. 3. —), so ist es auch dieser nur, inwiefern und weil er ein Maaßstab des rechtswidrigen Willens ist.

1) Vers. einer gemeinr. Darstell. d. Straf. R. S. 57.
2) Grundss. d. C. R. W. 4. Aufl. 1825. §. 76. ff. S. 74. ff.
3) Die letzten Gründe v. Recht, Staat u. Strafe, S. 268. ff.
4) Hdb. d. C. R., B. 1. §. 75—79.
5) Lb. d. Röm. Teutsch. Straf. R. §. 105. not. 45. S. 190.
6) zu Feuerbach's Lb. d. g. in T. g. p. R. 14. Aufl. 1840. §. 102. l. not. l. S. 177.

Digitized by Google

des Triebes (oder Willens). Feuerbach[7]) sieht bei der subjectiven Strafbarkeit auf die Intensität, Festigkeit und den Umfang „der Triebfeder" oder „der sinnlichen Triebfeder," beide Ausdrücke für scheinbar identisch haltend. Insofern er nun unter derselben überhaupt die praktische Sinnlichkeit verstanden hat, ist er mit der hier aufgestellten Ansicht einig. Soll aber „Triebfeder" zugleich die moralische mit bezeichnen, so ist Feuerbach abweichend. (Vergl. auch §. 71.) Mittermaier tadelt Feuerbach und scheint gegen jede Berücksichtigung des „sinnlichen Antriebes" zu sein,[8]) unter diesem aber stets eine größere Anzahl, eine Summe zu verstehen, so wie zugleich mit moralische Beweggründe, also etwas ganz Anderes als in §. 25. 85. 95. verstanden worden ist.

§. 97. (98.)

Die Verschuldung.

Wenn nach den absoluten oder usurpatorisch sog. Gerechtigkeitstheorien[1]) die Größe der „Verschuldung" der Maasstab der Strafbarkeit sein und die Strafe „von der Gerechtigkeit" „innerhalb der Grenzen der Gerechtigkeit," bestimmt werden soll, so ist dieß durchaus keine Eigenthümlichkeit dieser absoluten Theorie, sondern ein gemeinschaftlicher Grundsatz aller Strafrechtstheorien. Denn keine einzige lehrt, daß die Strafe ungerecht sein, nicht von der Gerechtigkeit bestimmt werden, über die Verschuldung hinaus gehen solle. Allein jener Grundsatz ist eine Erschleichung des Beweises, eine petitio principii. Denn das ist eben die schwierige Hauptfrage, welche Strafe ist gerecht, welches ist „die Gerechtigkeit der Strafen," welches sind die Grenzen der Gerechtigkeit? In Bezug auf die Größe, Grenze und das Maaß des Zwanges und der Strafe sind daher wohl vielleicht alle absoluten gar keine Theorien, weil bloße petitiones principii. Hiergegen vertheidigt Abegg[1]) die gewöhnlichen absoluten Theorien vergeblich damit, daß auch keine andere Theorie ein gerechtes Verhältniß der Strafe angebe, (s. §. 95.) und daß sich dasselbe unmittelbar und a priori gar nicht bestimmen lasse. Ein allgemeiner Grundsatz muß auch hier — wie für Alles möglich sein und ist möglich (s. §. 95.). Denn sonst entschiede ja bloßes willkührli-

7) im Lb. §. 118—125. S. 184. ff.
8) zu Feuerbach, §. 20. b. S. 41. §. 102. b. not. 1. S. 176.

1) Mittermaier, zu Feuerbach, §. 7. a. S. 31. f. §. 20. b. S. 43. f. Abegg, Lb. der Straf. R. W. 1836. §. 49. S. 74.

ches, boden- und grundloses Ermessen a posteriori. — Aber auch der Ausdruck „Verschuldung" für den subjectiven Maasstab der Strafbarkeit ist ungenügend, vielleicht sogar falsch. Zuvörderst deshalb, weil er ebenfalls eine Erschleichung des Beweises enthält, einen bereits gefundenen Maaßstab der Beurtheilung der Größe der Verschuldung voraussetzt. (Dieser Maaßstab oder die rechtliche Verschuldung ist die Größe des Zwangsrechts oder die Größe, der Inhalt und Umfang des gesetzwidrigen Triebes und des von diesem angetriebenen gesetzwidrigen Willens. Insofern ist also der Ausdruck „Verschuldung" für den subjectiven Maaßstab der Strafbarkeit mit dem hier gefundenen identisch.) Sodann aber enthält jener Ausdruck „Verschuldung" mit dem Grunde des Strafrechts nach den absoluten Theorien einen Widerspruch. Nach diesen nämlich ist der Grund des Strafrechts die Nothwendigkeit, Unentbehrlichkeit der anzuwendenden Strafe als äußersten Mittels zur Erreichung des Zweckes des Staats. Diese Nothwendigkeit fragt nicht nach der Größe der Verschuldung, sie geht über diese hinaus und bleibt unter dieser zurück, d. h. sie dictirt bald eine härtere, bald eine gelindere Strafe, als die Schuld ist, wenn und je nachdem es eben nothwendig ist. Der Grund der Nothwendigkeit der Strafe widerspricht also der Verschuldung, als dem Maaßstabe der Strafbarkeit, wenn diese etwas von jener Verschiedenes sein soll. Allein dieß ist sie eben nicht. Die Nothwendigkeit ist sowohl Grund als Grenze des Rechts, des Zwanges, des rechtlichen Zwanges und des Strafrechts (§. 32. 34—37. 87.) und insofern mit der Verschuldung und Gerechtigkeit identisch. Diese letztern folgen eben erst aus jener, als dem Grunde. Endlich aber ist die „Verschuldung" nicht blos eine rechtliche, sondern auch eine sittliche und moralische, eine absolute, transzendentale, daher von menschlichen Richtern unerforschbare, einer höhern, übermenschlichen sittlichen Ordnung angehörige. Die Nothwendigkeit der Strafe und ihre Größe ist dagegen erkennbar. Die Verschuldung als solche ist auch bei einem jeden Verbrechen bei der Gleichheit des Triebes und Willens zu allen Zeiten und Völkern gleich, nicht nach den „besondern Verhältnissen und Bedürfnissen des Staats" verschieden. Folglich müßte auch die Strafe überall gleich sein. Dieß ist sie aber nicht. Die Nothwendigkeit der Strafe aber zur Unterdrückung des Triebes ist nach diesem und zu verschiednen Zeiten und in verschiedenen Staaten allerdings verschieden.

Digitized by Google

Fünfter Abschnitt.

Ueber den Begriff, Grund und Zweck, so wie über das Wesen des Zwangsrechts in seiner Anwendbarkeit auf das Strafrecht.

§. 98. (99.)

Das Zwangsrecht. Dessen Begriff.

Das Zwangsrecht ist das Recht (§. 32. 34—72.) zum rechtlichen (§. 73. 91—97.) Zwange (§. 73—90.), oder das Recht eines jeden Rechtssubjects, alle Andern zu einer dem Rechte desselben gemäßen oder vielmehr dasselbe nicht verletzenden Handlungsweise durch die rechtliche Zufügung von etwas Unangenehmen zu nöthigen, also das Recht zur Sicherung und Erhaltung des Rechts durch Zwang.

§. 99. (100.)

Das Wesen des Zwangsrechts.

Das Wesen, den Grund, Zweck und die Grenze, so wie alle wesentlichen Erfoderniſſe und Eigenschaften hat das Zwangsrecht mit dem Rechte (§. 32. 34—72.), dem Zwange (§. 73—90.) und dem rechtlichen Zwange (§. 90—97.) gemeinschaftlich, zumal da diese alle untereinander übereinstimmen, ja, sogar materiell und formell wie Grund und Folge zusammenhängen.

§. 100. (101.)

Der Grund des Zwangsrechts.

Der Rechts-Grund des Zwangsrechts (§. 37.) besteht in der Unmöglichkeit der Wirklichkeit oder Wirksamkeit des Rechts oder der Sicherheit desselben ohne Zwang oder in der Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit desselben zur Aufrechthaltung des Rechts. Ohne Zwang und ohne ein Recht hierzu giebt es auch kein wirksames und sicheres, kein reales, überhaupt kein Recht, sondern nur ein stets, und zwar ohne Unrecht, verletzbares, blos von dem guten Willen und Triebe aller Andern abhängiges. Wenn es also ein Recht giebt und geben soll, giebt es auch nothwendig ein Zwangsrecht oder vielmehr dieses ist mit jenem zugleich gegeben, identisch und in ihm enthalten. Der Rechts-Grund des Zwangsrechts liegt also zunächst nicht in seiner (thatsächlichen) Nothwendigkeit für das Bestehen der Menschen und Staaten — denn diese

Digitized by Google

kann weder a priori noch a posteriori erwiesen werden, (§. 121. ff.) sondern in der Unmöglichkeit des Rechts, der äußern und innern Freiheit des Menschen ohne Zwang und ohne ein Recht zum Zwange oder in seiner Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit für die Sicherheit und Aufrechthaltung des Rechts, der äußern (und innern) Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit[1]). Dieser Zwang (§. 32. 35.) paßt in das System äußerer harmonischer Willenshandlungen. Denn er ist ein Widerstand oder eine Verhinderung eines Hindernisses, einer Verletzung der äußern Freiheit, Gleichheit und Thätigkeit, folglich diese letztere befördernd und mit ihr zusammenstimmend.[2]) Jener Zwang ist ferner in der Aufhebung des praktischen Widerstreits der äußern Freihheit, Gleichheit und Thätigkeit des Rechts Aller enthalten und mit ihr, folglich auch mit dem Rechte, identisch. Denn Aufhebung des Widerstreits ist Uebereinstimmung. Der thatsächliche — oder nächste und unmittelbare — Grund des Zwangs, folglich auch (§. 208.) des Strafrechts, ist der, mit obigem des Rechts (§. 35—40.) übereinstimmende Grund des Zwanges (§. 87—91.), also: der (widerrechtliche) Widerstreit der widerrechtlichen (das Recht des Zwingenden verletzenden) äußern Handlungsweise des zu Zwingenden mit der des Zwingenden. — Uebereinstimmend dem Grundsatze nach ist Abegg.[3]) Denn auch nach diesem ist die Grundlage des Strafrechts die Gerechtigkeit, deren Handhabung Recht und Pflicht des Staats ist, so daß dann auch der Zweck desselben (§. 102.) kein andrer sein kann als eben die Gerechtigkeit überall zu verwirklichen und gegen Widerspruch nöthigenfalls mit dem Zwange aufzuheben, der als rechtlicher der Begleiter des Rechts ist u. s. w. S. unten §. 212.

§. 101. (102.)

Die absoluten Strafrechtstheorien.

Die relativen Strafrechtstheorien geben bekanntlich nur den — vermeintlichen — höchsten Zweck, nicht aber den — letzten — Grund des Strafrechts und der Strafe an, die absoluten nur diesen, aber jenen nicht. Aber auch den — vermeintlichen letzten Grund

1) S. Meine Grundwissensch. des g. t. u. s. Civ.- u. Crim. Proc., Leipzig, 1839. I. B. §. 72. S. 106. f. §. 43—45. S. 63. ff. Schilling, Lb. f. Institt. u. Gesch. d. Röm. Priv. R. 1. Lief. Einl., Leipzig, 1834. §. 12. S. 20. f.

2) Kant, Metaphys. Anfangsgründe der Rechtsl., 2. Aufl. 1798. S. 35. u. Einl. §. D. — Welcker, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Gießen, 1814. S. 82. ff.

3) Lb. der Straf-R. W. 1836. §. 48. S. 71. f.

Digitized by Google

— Rechtsgrund — der Strafe erweisen sie nicht, sondern sie petiren oder postuliren ihn! Denn was anders als bloße Setzungen, Erschleichungen des Beweises (petitiones principii) sind es, wenn nach den absoluten Theorien die Strafe sein soll: „eine Foderung der Vernunft — Gerechtigkeit," „höhere, nicht blos politische Nothwendigkeit," nicht Mittel zur Erreichung eines außerhalb derselben liegenden Zweckes" — „lediglich um der Gerechtigkeit willen" — „unmittelbar nothwendige Folge des Verbrechens," u. s. w. Dieß sind keine Beweisführungen, keine Begründungen, keine Rechtsgründe des Strafrechts, sondern bloße — mehr oder minder — willkührliche Annahmen, Behauptungen, u. s. w., und Zirkel im Beweise, indem man das Recht zur Strafe aus der Gerechtigkeit —, Strafgerechtigkeit ableiten und begründen will, idem per idem. (Straf-) Gerechtigkeit ist eine Folge, nicht ein Grund des (Straf-) Rechts; eher ist dieses, das (Straf-) Recht, ein Grund der (Straf-) Gerechtigkeit. Jedoch abgesehen hiervon und selbst wenn man Gerechtigkeit im objectiven absoluten Sinne nehmen wollte, so ist auch die Gerechtigkeit nichts Erfundenes, Geschaffenes und Willkührliches, daher nicht a posteriori zu Beweisendes, sondern etwas a priori Nothwendiges, daher ebenfalls zu Begründendes und in seinem Grunde Nachzuweisendes. Jedoch — auch hiervon abgesehen, ist der Schluß von der Gerechtigkeit auf die Strafe und das Strafrecht nicht bündig, sondern ein Sprung. Aus der Gerechtigkeit folgt nicht die Nothwendigkeit grade der Strafe und des Strafrechts, sondern nur überhaupt die Nothwendigkeit der Aufhebung des rechtswidrigen Willens und Handelns und dessen Aenderung in ein der Gerechtigkeit angemessenes, also die Gerechtigkeit und der hier in §. 35—40. 87—100. nachgewiesene Grund und Zweck des Rechts und Strafrechts, des Zwanges und der Strafe. Erst dann, wenn nachgewiesen ist, daß nur und ausschließlich durch Strafe und durch keine andern Mittel rechtswidriges Wollen und Handeln aufgehoben und in gerechtes verwandelt, so wie äußere und innere Freiheit, Sicherheit, Gleichheit und Thätigkeit zur Erreichung des höchsten Endzwecks der Menschheit (§. 12. 28. 35.) erhalten und hergestellt werden kann, nur wenn und nachdem die Unentbehrlichkeit der Strafe hiezu und das Unzureichende aller andern (Zwangs-) Mittel nachgewiesen ist, erst dann folgt aus der Gerechtigkeit die Nothwendigkeit der Strafe und des Strafrechts. Denn sonst gebe es ohne Strafe gar keine Gerechtigkeit. Diese giebt es aber auch ohne Strafe und

Digitized by Google

ist von dieser nicht bedingt. Gerechtigkeit besteht z. B. ohne Strafe, wenn keine Verbrechen vorkommen. Und selbst wenn Verbrechen vorkommen und straflos bleiben, so bleibt dessenungeachtet Gerechtigkeit immer bestehen, ideal sowohl als real und praktisch gültig. Aufgehoben, vernichtet kann sie durch Verbrechen nie werden, sondern nur verletzt. Das Wesen der Gerechtigkeit besteht nicht im Strafen und die Strafe ist kein wesentliches Merkmal derselben. Die Gerechtigkeit ist ferner nur negativ, die Nichtverletzung von Rechten oder das Nichtverbrechen. Das Verbrechen ist positiv, die Verletzung von Rechten, folglich der Gerechtigkeit. Die Strafe ist ebenfalls positiv gegen das positive Verbrechen oder die positive Aufhebung des positiven Verbrechens oder der Verletzung der Gerechtigkeit, daher gerecht. Das Nichtstrafen aber ist negativ, wie die Gerechtigkeit, daher keine Verletzung derselben. Die Gerechtigkeit gebietet das Strafen nicht, sie fodert es nicht, sie verbietet nicht das Nichtstrafen; sondern sie erlaubt nur das Strafen, sie giebt nur ein Recht, keine Rechts- oder Zwangspflicht hierzu. Denn wer sollte den zu strafen Berechtigten, z. B. den Staat, (die Staatsgewalt) zum Strafen, zur Ausübung seines Strafrechts zwingen? Wer hätte das Recht hierzu? Folglich giebt es nur ein Recht zur Strafe, keine Zwangspflicht, keine Foderung. Denn sonst wäre nicht nur im Staate und von Seiten der Staatsgewalt, sondern auch von Seiten eines jeden zum Zwange Berechtigten jedes Nichtzwingen, jede Nichtausübung des Strafrechts, jede Begnadigung, jedes Nichtstrafen wieder ein Verbrechen und wieder etwas Strafbares. Die Strafe ist daher nicht, wie die absoluten Theorien sagen, eine Foderung, ein (positives) Gebot der Gerechtigkeit, nicht nothwendige, von der Vernunft und Gerechtigkeit unmittelbar gebotene Folge des Verbrechens. Sie ist nur eine von der Gerechtigkeit erlaubte, zur Gerechtigkeit als Zweck nothwendige, nicht von derselben als Grund gerechtfertigte Folge des Verbrechens. Insofern sind die absoluten Theorien sich selbst widersprechend oder mindestens zweideutig, wenn nach ihnen die Strafe „um der Gerechtigkeit willen" (wegen? oder zu? der Gerechtigkeit), Statt habe. Ferner gehet aus diesen Betrachtungen wiederholt hervor, daß das Strafrecht Grund der Gerechtigkeit ist, diese hervorbringt, nicht umgekehrt, diese jenes begründet und schafft. Gleiche petitiones principii enthalten die absoluten Theorien, wenn sie die Grundlage des Strafrechts in der Gerechtigkeit in einem viel engern Sinne, nämlich in der suchen, welche nur im Staate, deren Hand-

Digitized by Google

habung Recht und Pflicht des Staats iſt.[1]) Dann iſt das Strafrecht kein Zwangsrecht mehr, nicht in einem jeden einzelnen Rechte enthalten und deſſen Inhaber zukommend, unmittelbar aus dem Rechte und deſſen Begriffe ſelbſt entſpringend, und nicht mehr ohne und vor dem Staate, wie alles von dieſem unabhängige Recht, vorhanden[1]), a priori gültig. Dann hat das Strafrecht nicht ſeinen Grund wieder im Rechte überhaupt oder ſeinen Grund mit dieſem, mit dem Rechte überhaupt gemein. (§. 35—40. 87—100.) Sondern dann iſt das Strafrecht erſt mit dem und durch den Staat neu geſchaffen, erfunden und entſtanden, von dem Staate bedingt, deſſen Product, alſo nur poſitiv; nur a posteriori, nur dem Staate — man weiß nicht wie und durch welchen Rechtsgrund, zukommend.

§. 101. a. (103.)

Der Zweck des Zwangsrechts

iſt als entfernter der des Rechts überhaupt (§. 38.) und als nächſter der des Zwanges (§. 88.), alſo: Aufhebung des praktiſchen Widerſtreits der (das Recht des Zwingenden oder die Rechtspflicht verletzenden) Handlungsweiſe des zu Zwingenden mit der des Zwingenden und mit deſſen Rechte: oder Aenderung der erſtern in die der Qualität nach entgegengeſetzte, mit der letztern und dem Rechte des Zwingenden übereinſtimmende oder nicht widerſtreitende, nicht verletzende, oder allgemein: „Nichtverletzung des Rechts", „Uebereinſtimmung aller äußern formalen Willenshandlungen aller Menſchen" u. ſ. w., oder: eine das Recht nicht verletzende, alſo inſofern negative (ſ. jedoch §. 41.) Handlungsweiſe des zu Zwingenden, (Verbrechers) oder aller Menſchen, alſo: Recht und Gerechtigkeit oder (Wieder-) Herſtellung des Rechts durch Zwang. (§. 127.) Weil nun mit einem jeden Rechte das Recht zu zwingen verbunden iſt und einem jeden Rechte auf der einen Seite eine Rechtspflicht auf der andern entſpricht, zu deren Erfüllung der Verpflichtete gezwungen werden darf, (wenn auch nicht immer kann) ſo heißen alle Rechtspflichten auch Zwangspflichten. Weniger beſtimmt iſt der Ausdruck „erzwingbare Pflichten." Verſteht man darunter das rechtlich Erzwingbare, ſo iſt der Ausdruck allerdings richtig. Allein man kann unter demſelben auch das phyſiſch Erzwingbare verſtehen und dann iſt der Ausdruck falſch. Denn nicht alle Rechtspflichten ſind phyſiſch erzwingbar. Sonſt

1) z. B. Abegg, Strafrechtstheorien, 1835, §. 7—21. 2. 31. Lb. d. Straf-R. W. 1836. §. 48. S. 71. §. 49. S. 74.

Digitized by Google

müßten ja gar keine Verletzungen derselben vorkommen. Allein theils stehen der Erzwingbarkeit Naturkräfte als Hindernisse entgegen, theils bisweilen der unüberwindliche und unbezwingbare Wille des Rechtsverletzers (§. 25.). — Aus dem Grunde (§. 100) sowohl als wegen dieses Zweckes ist daher das Zwangs- und Strafrecht, Zwang und Strafe nie Selbstzweck, sondern bloßes Mittel, wie alles Recht, zur Erreichung des höchsten Endzwecks der Menschheit. Hiergegen ist mit Unrecht Abegg.[1])

§. 102. (104.)

Nothwendigkeit eines Zweckes des Zwangsrechts.[1])

Eine jede praktische oder eine jede Handlung des praktischen Vermögens, folglich auch die Ausübung des Zwangs- und Strafrechts muß einen Zweck haben, sie darf nicht zwecklos sein. Dieß fodert schon an und für sich die praktische Vernunft. Denn ein zweckloses Handeln, d. h. ein Handeln ohne die Vorstellung eines zu erreichenden Zweckes, ist gar kein Handeln eines vernünftigen Wesens, es wäre ein Handeln ohne Bewußtsein und ohne Vernunft und dieser unwürdig. Der Mensch soll bei einer jeden Handlung einen Zweck haben, folglich auch bei der Ausübung des Zwangs- und Strafrechts. Dieß ergiebt sich auch schon aus dem Begriffe und Wesen des praktischen Vermögens überhaupt (§. 12. 13.) und insbesondere des Willens. (§. 25. 26.) Denn das praktische Vermögen ist eben das Vermögen, etwas Subjectives in uns, eine Vorstellung und Erkenntniß von Etwas außer uns, in etwas Objectives, in Etwas außer uns zu verwirklichen. Dieses Objective außer uns, bezogen auf unser Vorstellungs- und Erkenntnißvermögen oder jene Vorstellung und Erkenntniß von etwas Objectivem außer uns ist eben ein Zweck, ein Zweckbegriff, die Vorstellung eines Zweckes. Diese oder ein Zweck des Handelns ist also ein wesentliches Merkmal des Begriffes von Handeln und Handlungsvermögen. Ohne einen Zweckbegriff giebt es gar keine Handlung. Die Ausübung des Zwangs- und Strafrechts oder das Zwingen und Strafen ist nun jedenfalls eine Handlung, eine

1) Lb. d. Straf-R. W. 1836. §. 5, S. 7. Strafrechtstheorien, §. 9. 31. ff. s. oben §. 36. u. den folgenden §. 102.

1) oder Strafrechts. (S. unten §. 207. 208.) Auch dieses, das Strafrecht, ist bloßes Mittel zur Erreichung des höchsten Endzwecks der Menschheit, wie alles Recht, und nur durch die Unentbehrlichkeit hierzu begründet. (§. 12. 35. ff. 100.) Hiergegen ist Abegg, Lb. d. Straf-R. W. 1836. §. 5. S. 7. §. 35. S. 59. §. 38. S. 63. §. 49. S. 71.

Digitized by Google

praktische, eine Thätigkeit des praktischen, nicht des theoretischen Vermögens. Folglich muß sie auch nothwendig einen Zweck haben und hat auch stets einen, selbst wenn desselben der Handelnde (Zwingende oder Strafende) sich nicht ganz klar bewußt wäre, oder ihn nicht gestände, aussprache oder verheimlichte. Sonst wäre ja das Zwingen und Strafen gar keine Handlung eines vernünftigen Wesens, eine bloße Thatsache, eine Thätigkeit ohne Vernunft, wie die Thätigkeit eines Thieres, eine instinctartige. Jedenfalls aber ist das Zwingen und Strafen auch eine Handlung des Willens. Ein wesentliches Merkmal desselben aber ist eben das Handeln nach einem Zweckbegriffe und das Setzen von Zwecken. Folglich hat auch und muß stets haben das Strafen und Zwingen einen Zweck. Denn außerdem wäre es eine zweck-, mithin auch eine willenlose Handlung. Zweck ist auch stets zugleich mit etwas Objectives außer uns, nicht ausschließlich nur Etwas in uns, etwas Subjectives. Auch der Zweck der Strafe kann daher nicht etwas rein Subjectives, etwas blos im Strafenden Liegendes, kurz, nichts blos Inneres und Theoretisches, sondern muß zugleich etwas Objectives, Aeußeres, Praktisches, außer dem Strafenden Liegendes sein. Ein Zweckbegriff ist ferner eine Vorstellung, die in Ansehung ihres eignen Gegenstandes Causalität hat. Insofern heißt er auch eine Zweckursache oder eine Endursache, weil mit dessen Erreichung die jedesmalige Thätigkeit beendigt ist. Insofern ist Grund und Zweck nahe verwandt oder identisch. (§. 37. 38. 87—88. 92—93.) Der Zweck kann nämlich auch als (Bestimmungs-) Grund und der Grund als Zweck gedacht werden. Eine jede Thätigkeit, folglich auch das Strafen und Zwingen, hat daher, wenn einen Grund, stets auch einen Zweck. Endlich bezieht sich der Zweck[2]) natürlich stets auf etwas Zukünftiges oder zu Erreichendes, nicht auf etwas Vergangenes. Eben so auch jede Thätigkeit, jede praktische Handlung. Denn sie besteht eben darin, etwas, was noch nicht ist, sondern erst sein soll und wird, zu verwirklichen, zu schaffen oder hervorzubringen. Auch die Strafe und der Zwang bezieht sich daher stets zugleich mit auf etwas Zukünftiges, zu Erreichendes, zu Verwirklichendes, nicht blos auf etwas Vergangenes, bereits Erreichtes, nicht blos auf das Verbrechen. Deßhalb wider-

2) folglich auch der der Strafe und die Strafe selbst. Abegg, Lb. d. Straf-R. W. §. 49. S. 35., obwohl er §. 34. S. 56. §. 36. S. 88. f. selbst die Nothwendigkeit eines Zwecks der Strafe zugesteht, behauptet dennoch: die Strafe beziehe sich auf das Vergangene, nicht auf Etwas Künftiges. S auch §. 111. S. 175. §. 117. S. 177. §. 119. S. 179.

Digitized by Google

sprechen sich die Anhänger der Gerechtigkeits- und absoluten Theorien, wenn sie die Strafe einmal nur auf das Verbrechen, das Vergangene, und doch zugleich auf den Willen des Verbrechers (zu der Unterordnung desselben unter das Gesetz) beziehen, wie z. B. Abegg. Endlich ist auch der Zweck stets etwas von der Handlung und Thätigkeit selbst Getrenntes und Verschiedenes. Denn diese ist das Mittel, das Bewirkende, das den Zweck Erreichende. Handlung und Zweck können daher nicht durch und durch eins und identisch sein, nicht einmal in der Vorstellung, noch viel weniger also objectiv und praktisch. Sonst müßte ja bisweilen ein Zweck auch schon eben deßhalb und als solcher eine Handlung sein. Zwar kann auch eine Handlung, nicht nur die eines Andern, sondern sogar vielleicht die des Handelnden, Zweck einer Handlung sein, aber nicht einer und derselben, sondern einer andern. Die den Zweck realisirende Handlung kann nicht auch zugleich Zweck derselben, die zu erreichende Handlung sein, sich nicht selbst realisiren, nicht Mittel und Zweck, nicht Endursache und wirkende Ursache zugleich sein. Auch der Zweck der Strafe oder des Strafens muß daher etwas von dieser oder von diesem Verschiedenes, das Strafen kann nicht zugleich auch Zweck des Strafens, die Strafe nicht Selbstzweck, nicht zugleich Strafe und Zweck, Mittel und Zweck, Endursache und wirkende Ursache sein. Aus diesen Erörterungen gehet hervor, daß alle absoluten oder Gerechtigkeits-Straftheorien als solche falsch und unzureichend sind, wenn nach ihnen die Strafe gar keinen Zweck haben, ferner sich gar nicht auf die Zukunft, sondern nur auf die Vergangenheit, nur auf das Verbrechen beziehen soll, daß ferner selbst nach den absoluten Theorien die Strafe dennoch, weil einen Grund, auch einen Zweck hat und nicht zwecklos ist, wenn er auch nicht ausgesprochen wird. Insbesondere ist mit obigen Erörterungen auch eine so gewöhnliche Vertheidigung der Todesstrafe[3]) widerlegt. Aber eben so wesentlich, als ein besonderer Zweck des Zwangs- und Strafrechts, des Zwanges und der Strafe, ist ein besondrer Grund und zwar ein Rechtsgrund. Der Zweck der Strafe ist relativ und subjectiv nach den strafenden Subjecten verschieden. Der Rechts- und thatsächliche Grund der Strafe ist einer, ein einziger, absoluter, unveränderlicher, zu allen Zeiten derselbe. Der bloße Zweck (Strafklugheitslehre) kann die Strafe nicht begründen und rechtfertigen. Eben deßhalb sind aber auch alle

3) Heinroth, in Hitzigs von Demme fortgef. Annalen, Jahrg. 1840. Decbr. XIII. Bds. 3. Heft. XVII. S. 406.

Digitized by Google

Strafrechtstheorien, die nur einen Zweck, keinen Grund der Strafe aufstellen, ungenügend, bloße Teleologien, Zweckmäßigkeitslehren der Strafe, oder Strafklugheitslehren; nicht Lehren des Strafrechts. (§. 36.) Es giebt daher für den Zwang und die Strafe, das Zwangs- und Strafrecht nothwendig einen besondern Grund und Zweck, und zwar nur einen einzigen, ersten und letzten, hauptsächlichen oder Haupt-Grund und Zweck. Dieser verhindert aber nicht, noch andere Neben-Zwecke der Strafe mit zu erreichen zu suchen, insbesondere Zwecke der Sittlichkeit u. s. w.

§. 103. (105.)

Bedingung und Größe des Zwangsrechts.

Ueber die Bedingung des Eintritts oder der Wirksamkeit oder Anwendung (Ausübung) des Zwangsrechts siehe §. 90. 94.; eben so über die innere und äußere Größe desselben §. 90. 95. Der Inhalt und Umfang oder das Gebiet des Zwangsrecht, z. B. der Umfang des Strafgebiets, des Strafrechts und der Verbrechen, die Grenze und das Maaß des Zwangsrechts kann, wie jedes Recht, nicht unbeschränkt, unendlich sein. Denn ein unbeschränktes Recht und unbeschränkte Freiheit eines Menschen ist gar kein Recht und keine äußere Freiheit, eine contradictio in adiecto und sich selbst, das Recht und die Freiheit aller Andern aufhebend. Vielmehr muß die Größe des Zwangsrechts auch durch einen allgemeinen Grund, schon a priori, abgesehen von einer concreten Rechtsverletzung und Verschuldung, begrenzt und bestimmt, also sowohl im Allgemeinen als Concreten und Besondern durch seinen Grund (§. 87.) oder durch den Grund des rechtlichen Zwanges, (§. 92.), des Zwanges überhaupt und des Rechts oder der äußern Freiheit (§. 37.) bestimmt, gerechtfertigt und beschränkt werden. Von den mittelbaren oder Zwischengründen abgesehen, ist also der erste und letzte, ursprüngliche und Urgrund aller Gründe des Zwangsrechts: Unmöglichkeit der innern Freiheit oder der Erreichung der Bestimmung aller einzelnen sinnlich-vernünftigen Wesen, auch des zu Zwingenden, Bestrafenden oder Verbrechers, (§. 28. 32. 34—40. 50. 90. 119. 133.) — der Bewahrung, Sicherung, Ausbildung und Vervollkommung des menschlichen Geistes und Körpers oder aller einzelnen Kräfte desselben, ohne äußere Freiheit, ohne Recht, ohne Zwang, ohne rechtlichen Zwang und ohne Zwangsrecht. Mit andern Worten: Der Urgrund des Zwangsrechts liegt in der Nothwendigkeit desselben, des Zwanges, des Rechts und der äußern

Digitized by Google

Freiheit zur Erreichung der Bestimmung aller Menschen. Wo und inwieweit diese Nothwendigkeit oder jene Unmöglichkeit nicht vorhanden ist, da und insoweit giebt es kein Recht, keinen Zwang und kein Zwangsrecht. Ueber diesen Grund hinaus darf der Inhalt und Umfang, die Grenze und das Maaß des Zwangsrechts nicht gehen und erstreckt sich nur so weit, als dieser Grund vorhanden ist. (§. 35. a. E. §. 40. 50.) Zwang und Strafe sind nur Folgen des Rechts, der äußern Freiheit und der Bestimmung des Menschen, als ihres Grundes. Eine Folge darf aber und kann an Inhalt und Umfang nicht über den Grund hinaus gehen, eben weil sie Folge oder Product des letztern ist. Der Inhalt und Umfang, die Grenze und das Maaß des Zwangsrechts wird ferner beschränkt, bestimmt und begrenzt durch den Zweck desselben, (§. 86.), des rechtlichen Zwanges, (§. 93.), des Zwanges überhaupt, des Rechts (§. 38.) und der äußern Freiheit oder durch die Möglichkeit der Erreichung dieser Zwecke. Abgesehen von den mittelbaren Zwecken ist der letzte und erste, und der Hauptzweck aller andern Zwecke als bloßer Mittel: Erreichung der Bestimmung aller Menschen oder: Erhaltung, Sicherung und Vervollkommnung des menschlichen Geistes und Körpers oder aller seiner Anlagen. Wo und inwieweit diese oder die Erreichung dieses Urzwecks nicht (mehr) möglich ist, da und insoweit giebt es keine äußere Freiheit, kein Recht, keinen Zwang, keinen rechtlichen Zwang und kein Zwangsrecht. Ueber jenen Zweck und die Möglichkeit der Erreichung desselben darf daher der Inhalt, Umfang und das Maaß des Zwangsrechts nicht gehen und erstreckt sich nur soweit, als die Erreichung jenes Zweckes, d. h. äußere Freiheit und Recht, möglich ist. Denn Zwang und Strafe sind bloße Mittel des Rechts, so wie das Recht und die äußere Freiheit selbst bloße Mittel zu der Erreichung der menschlichen Bestimmung als höchsten Zweckes sind. Natürlich darf nun das Mittel — Strafe, Recht — nicht an Inhalt und Umfang über den Zweck des Rechts und die Bestimmung des Menschen hinaus gehen.

Digitized by Google

Sechster Abschnitt.

Ueber den höchsten und letzten Grundsatz für die Rechtmäßigkeit der einzelnen Strafarten, und über die Unrechtmäßigkeit, Entbehrlichkeit und Unzweckmäßigkeit der Todesstrafe insbesondere.

§. 104. (106.)

Höchster Grundsatz für die einzelnen gerechten und nichtgerechten Zwangsmittel.

Aus den bisherigen Erörterungen über das Recht, den Zwang und das Zwangsrecht, als bloße Mittel zur Erreichung der Bestimmung eines jeden Einzelnen und aller Menschen, so wie über den Grund und Zweck des Rechts, des Zwanges und des Zwangsrechts ergiebt sich a priori, sowohl, was und welches ein gerechtes, moralisches und zweckmäßiges Zwangsmittel (Strafe) sei, als auch, welche einzelnen Arten derselben gerecht, moralisch und zweckmäßig seien (§. 31. 32. 34—40. 87. 82—96.). I. Nichtgerecht, (nichtrechtmäßig) unmoralisch und unzweckmäßig sind nämlich alle über den Grund und Zweck des Rechts, des Zwanges und des Zwangsrechts hinaus gehenden, d. h. die Erreichung der Bestimmung eines jeden einzelnen und aller Menschen; auch des zu Zwingenden — die Erreichung der Wahrheit und absoluten Güte, oder die Bewahrung und Sicherung der Integrität,[1] [„Leib oder Leben,"[1a.] „Leben oder Glieder,"[2] „Leben oder Gesundheit,"[3] (§. 251. c.)] und die Vervollkommnung des Körpers und Geistes oder aller einzelnen körperlichen und geistigen, theoretischen und praktischen Fähigkeiten nicht blos hindernden und beschränkenden, sondern unmöglich machenden, gänzlich aufhebenden oder vernichtenden, mit „gegenwärtiger, unabwendbarer (dringender) Gefahr für Leib oder Leben" verbundenen Zwangsmittel oder Strafen. Zu diesen kann es kein Recht geben, weil sie das Recht selbst, dessen Begriff, Grund, Zweck, Grenze und Grundbedingung aufheben, hiermit im Widerspruche stehen. (Gleich an Umfange mit diesem

1) C. G. B. Art. 141.
1a.) Sächs. C. G. B. Art. 69. 72. 163. 166.
2) Mand. wider d. Selbstrache, v. 2. Jul. 1712. §. 53. — C. G. B. Art. 125. Art. 132. nr. 4. 5. Art. 144., 2. Abs. —
3) C. G. B. Art. 157. 163. 166.

Digitized by Google

Grundsatze unter I. ist der: Unzulässig sind als Strafen alle gänzlichen oder totalen Vernichtungen der ursprünglichen, absoluten Menschenrechte auf körperliches und geistiges Leben und Wirken, auf Sachen überhaupt, (Erwerbfähigkeit) u. s. w. (§. 30. 31. 34—40. 42. 43. 50. 98. 116.) II. Gerecht, moralisch und zweckmäßig sind alle andern, möglichen und denkbaren Zwangsmittel, (Strafen), d. h. negativ: alle, welche die körperliche und geistige Integrität oder die Bewahrung und Vervollkommnung aller einzelnen körperlichen und geistigen, theoretischen und praktischen Kräfte nicht unmöglich machen, nicht gänzlich aufheben oder vernichten, wenn auch beschränken, oder alle bloßen Beschränkungen (nicht totalen Entziehungen) der absoluten Menschenrechte.

§. 105. (107.)

Einzelne gerechte und nichtgerechte Zwangsmittel.

I. Nichtgerecht, unmoralisch und zweckwidrig sind (der Kürze wegen sollen sie hier extreme heißen): 1) alle Todesstrafen, (Verbrennen, Rädern, Pfählen, Viertheilen, Verhungernlassen, Hängen, Ertränken, Enthaupten, Erschießen, Erstechen u. s. w. [1]), 2) alle verstümmelnden Leibesstrafen, (z. B. Abhauen der Hand, Abschneiden der Finger, der Zunge, der Nase, der Ohren, Ausstechen der Augen, Beraubung der Zeugungsfähigkeit) [1]), 3) alle die Geisteskräfte zerrüttenden, z. B. Versetzung in den Zustand eines dauernden Wahnsinns, (Sächs. C. G. B. Art. 37) [1]), 4) gänzliche [1]) Recht- und Ehrlosigkeit, gänzlicher Verlust der allgemeinen Rechts-Erwerb- u. s. w. Fähigkeit (servitus poenae, Oberacht, Friedlosigkeit). II. Gerecht, moralisch und zweckmäßig sind: 1) alle blos schmerzenden Leibesstrafen, (Staubbesen, körperliche Züchtigung, Spießruthen- und Steigriemenlaufen — (obwohl diese schwierig in ihrer gerechten Anwendung, ungleich wirken, inhuman, die Besserung hindern); 2) alle Freiheitsstrafen (Zwangsarbeit, Deportation, Landesverweisung, Verbannung, Verstrickung, Zuchthaus, Arbeitshaus, Gefängniß; Festung); 3) Schmählerung und Beschränkung der Rechts- und Handlungsfähigkeit, der bürgerlichen Ehre, Entziehung der Amtsehre, (Dienstentsetzung, Verlust der Adels- und Standesrechte, Ausstellung an den Pranger, Verweis); 4) alle Vermögensstrafen.

---

1) C. G. B. Art. 69. 72. 141. Mand. wider d. Selbstrache, v. 2. Juli 1712. §. 53. (C. A. I. 1785.) S. oben §. 30. 31. not. 1. 2. — C. G. B. Art. 132, 4. 5. 166. u. 125. 144. 152. 163.

Digitized by Google

§. 106. (108.)

Die Todesstrafe [1]).

Die in §. 105. unter I. 1. 2. 3. angeführten Strafarten sind alle aus gleichen Gründen nichtgerecht, unmoralisch und zweckwidrig. Da und wenn nun in allen Staaten alle andern von jenen, außer der Todesstrafe, abgeschafft sind, und für nichtgerecht, unmoralisch und zweckwidrig erkannt und anerkannt worden, so sollte dieß consequent auch bei der Todesstrafe sein. Allein diese besteht noch gesetzlich fast in allen civilisirten Staaten.

§. 107. (109.)

Beweislast der Zulässigkeit der Todesstrafe.

Nicht die Unrechtmäßigkeit, Unsittlichkeit, Entbehrlichkeit und Zweckwidrigkeit der Todesstrafe ist von denen, die sie behaupten, oder von den Gegnern der Todesstrafe, sondern die Rechtmäßigkeit, Moralität, Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit ist von denen, die sie behaupten und anwenden, zu erweisen. Denn jenes ist eine bloße Verneinung, dieses aber eine Bejahung; jenes das Läugnen eines Rechts, dieses das Behaupten und Beanspruchen eines Rechts, und was für eines Rechts! Bei einem so hochwichtigen Rechte kann auch die Beweislast dadurch nicht verändert werden, [1]) daß die Todesstrafe einmal besteht! Wie vieles Unrecht hat bestanden und besteht noch! Wäre das der Rechtstitel der Todesstrafe??! Bisher ist freilich von den Vertheidigern der Todesstrafe die Beweislast umgekehrt, blos ein Gegenbeweis gegen die Gründe für Abschaffung der Todesstrafe, kein selbstständiger Beweis für die Zulässigkeit derselben geliefert worden.

§. 108. (110.)

Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit der Todesstrafe.

Gewöhnlich ist auch von den Vertheidigern der Todesstrafe die Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit derselben nicht unterschieden, sondern verwechselt und vermischt, und unter dem allgemeinen Namen der „Zulässigkeit" begriffen worden. Jene drei Eigenschaften sind aber ganz verschiedene. Gewiß ist es auch, daß die wesentlichste, erste und letzte Grundbedingung der Zulässigkeit der Todesstrafe die Rechtmäßigkeit oder Gerechtigkeit derselben

1) Deren Zulässigk. soll hier blos nach dem Vernunft-Rechte, a priori, geprüft werden. Alle folgenden Gründe des Rechts gegen die Todesstrafe sprechen auch gegen die in §. 105., I. 2. 3. 4. angeführten Strafarten.

1) wie neulich ein französischer Rechtsgelehrter behauptete. Arch. d. Crim. R. Neue Folge, 1837. Abh. 8. S. 213.

Digitized by Google

ist, und daß jene, ohne gerecht und rechtmäßig zu sein, sofort abzuschaffen ist, ungeachtet der höchsten Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit derselben. Der Beweis der letztern ist als ein blos secundärer und eventueller.

§. 109. (111.)

Beschränktheit des Zwangsrechts.

Auf dieser Erde und in dieser unvollkommenen Sinnenwelt giebt es nichts Absolutes, nichts Unbeschränktes, insbesondere aber giebt es kein unbeschränktes Recht und keine unbeschränkte Freiheit. Auch das Zwangs- und Strafrecht muß daher beschränkt sein, (§. 103.), sowohl seinem Inhalte als Umfange nach. Wenn es aber ein Recht (der Staatsgewalt) auf das ganze körperliche und geistige Sein des Menschen oder Staatsbürgers, ein Recht, am Leben zu strafen, gäbe, so wäre dieses Recht ein unumschränktes, ein unendliches, ohne alle und jede Grenze und ohne Maaß, folglich gar kein Recht, da das Recht selbst Grenze ist. (§. 35.—40.) Folglich ist die Todesstrafe nichtgerecht. Eine Grenze muß auch das Zwangsrecht haben, d. h. eine negative. Das Recht der Todesstrafe ist ferner eine contradictio in adiecto, weil dem Begriffe, Grunde, Zwecke, der Grenze und der Grundbedingung des Rechts, (§. 34—40.) widersprechend. So wenig der Einzelne ein Recht hat, einen Andern zu tödten, so wenig hat ein solches Recht der Staat. Jener begeht Unrecht, weil er bei dem noch bestehenden Rechte des Andern, zu leben, und bei der Möglichkeit des Zusammenlebens des letztern mit ihm, dem Mörder, diesen dennoch tödtete. Der Staat aber begeht durch die Hinrichtung eines Mörders deßhalb und dann kein Unrecht, wenn und weil die Möglichkeit des Zusammenlebens des Mörders mit den andern Staatsgenossen, folglich das Recht auf dasselbe selbst, aufgehoben war. Ist diese Möglichkeit noch vorhanden, ist die Hinrichtung des Mörders nicht nothwendig zur Erhaltung der übrigen Staatsgenossen, so besteht zwischen jenem und diesen also noch die Möglichkeit des Zusammenlebens, so besteht auch noch das Recht — d. h. die gegenseitige Möglichkeit, zu leben, und der Staat begeht dann Unrecht, einen Mord, wenn er dennoch tödtet, jene bestehende Möglichkeit, d. h. das Recht, zu leben, dennoch aufhebt.

§. 110. (112.)

Aufhebung des Rechts zwischen dem Staate und dem zum Tode Verurtheilten.

Eine wesentliche Grundbedingung des Rechts, ja, dessen Grund und Zweck selbst (§. 34—40. 50) ist die Möglichkeit des Zusam-

Digitized by Google

menlebens aller einzelnen Menschen oder die Abwesenheit der Nothwendigkeit des Nichtseins des Einen zum Dasein des Andern oder aller Andern. Wo jene Möglichkeit nicht, und diese Nothwendigkeit vorhanden ist, da besteht kein Recht und Rechtsverhältniß mehr, sondern nur ein thatsächliches, das Recht des Stärkern. — Dasselbe findet statt zwischen der Staatsgewalt (der idealen natürlichen oder der künstlichen — der Gesammtheit aller Staatsgenossen) und dem zum Tode Verurtheilten. Des letztern Tödtung wird von jener für nothwendig geachtet zur Sicherheit oder zum Dasein des Staats oder der Gesammtheit der Staatsgenossen, weil das Zusammenleben und Bestehen dieser mit jenem Einzelnen unmöglich sei. Durch diese Unmöglichkeit wird der letztere von seinen Rechtspflichten und Rechten gegen die Staatsgewalt und Gesammtheit aller Staatsgenossen entbunden, und es findet zwischen ihm und dieser kein Rechtsverhältniß mehr Statt, sondern nur ein rein thatsächliches. Dasselbe gilt von der Staatsgewalt und der Gesammtheit aller andern Staatsgenossen, und von deren Beziehung zu jenem Einzelnen. Ist nämlich zu des letztern Sicherheit und Dasein die Vernichtung der erstern nöthig oder des Einzelnen Zusammenleben mit der Gesammtheit aller andern Staatsgenossen oder der Staatsgewalt unmöglich, (was aber, folglich auch der correlate erste Fall, nie wirklich und gewiß ist,) so wird hierdurch alles Recht und eine jede Rechtspflicht der letztern gegen jenen Einzelnen aufgehoben und es findet zwischen der letztern und jenem gar kein Rechtsverhältniß mehr Statt, sondern nur ein thatsächliches. Deßhalb begeht im ersten Falle der Einzelne kein Unrecht, wenn er die Gesammheit aller andern Staatsgenossen oder die Staatsgewalt umbringt, vernichtet, tödtet; aber auch diese begeht im zweiten Falle kein Unrecht, wenn sie den Einzelnen tödtet. Diese hat eben so wenig ein Recht zur Tödtung des Einzelnen, als dieser zur Tödtung Andrer oder aller Andern, deren Zusammenleben mit ihm unmöglich ist. Beide Tödtungen gehören nicht dem Rechtsgebiete an. Es ist daher insofern falsch, von einem Rechte oder Unrechte, von Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit, Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit der Todesstrafe zu sprechen. Die Frage über die Zulässigkeit derselben ist eine Thatfrage.

§. 111. (113.)

Verwirkung des Rechts des Mörders auf sein Recht zu leben.

Dieses Resultat (§. 110.) ergiebt sich auch aus folgender Betrachtung. Ein jeder Mensch, so lange er lebt und als solcher exi-

Digitized by Google

stirt, hat auch ein Recht zu leben, wenn und weil Andre ein solches beanspruchen. Dieses Recht zu leben überhaupt, ganz und Allen gegenüber verwirkt auch der Einzelne nicht dadurch, daß er dieses Recht an einem andern Einzelnen nicht achtet. Höchstens wird dadurch diesem Einzelnen gegenüber sein, des Rechtsverletzers, Recht, zu leben, verwirkt, nicht aber allen Andern gegenüber, deren Rechte er nicht nur nicht angegriffen oder verletzt, sondern vielleich durch Wort und That anerkannt und respectirt hat. Zwar sagt man gewöhnlich,[1]) durch die Rechtsverletzung gegen einen Menschen oder Staatsgenossen bedrohe man auch alle Andern thätlich mit derselben Beleidigung. Dieß ist eine Fiction, ein thatsächlich und zumal als Regel ganz falscher Satz. Die wenigsten Rechtsverletzer haben bei einer Verletzung eines Rechts eines Menschen den Willen oder die Absicht, Andere, noch weniger alle Andern eben so zu verletzen oder zu bedrohen. Ja, es ist gewiß, daß viele, die einmal ein Verbrechen begangen haben, nie wieder ein solches oder ein anderes begehen, selbst wenn sie gar nicht bestraft worden sind, weil die Veranlassungen und Antriebe zu dem einen Verbrechen blos subjectiv, auf eine bestimmte Person gerichtet und beschränkt, gegen Andere nicht vorhanden, oder in einem nicht wiederkehrenden zeitlichen oder örtlichen ꝛc. Umstande ihren Grund hatten. Dieß lehrt die tägliche Erfahrung. Wie viele Verbrechen bleiben unbekannt. Und doch kommt ein solches Verbrechen in derselben Gegend oder in demselben Lande nicht wieder vor. Oder wenn ein solches Verbrechen oder ein anderes wieder vorkommt, so ist oft von dessen Urheber gewiß, daß er das frühere, unbestraft gebliebene Verbrechen nicht begangen habe. Also ist in beiden Fällen oft gewiß, daß ein unbestraft und unbekannt gebliebener Verbrecher nicht wieder verbrochen, folglich allen Andern nicht mit derselben Rechtsverletzung thätlich gedroht habe u. s. w. Folglich ist obige Vermuthung und Voraussetzung nicht nur gegen alle (positivrechtliche) Verjährung der Verbrechen und Strafen streitend, sondern auch als solche und in vielen Fällen falsch und ungerecht; vorzüglich aber bei dem Hochverrathe und andern, die Sicherheit des Staats gefährdenden Handlungen oder Willensrichtungen (zumal junger Verbrecher). Die gefährlichsten Revolutionärs werden — ohne Strafe — oft später die ruhigsten und loyalsten

1) z. B. Krug, Allgem. Handwörterb. d. philos. Wissenschaften, IV, Bd. unter „Todesstrafe", 2. Aufl. 1834. S. 212. 214. nr. 4.

Digitized by Google

Staatsbürger. Dieß lehrt die Geschichte aller Revolutionen, vorzüglich der französischen. Dasselbe gilt von Tödtungen. Oft hat ein Mörder, obwohl er unbekannt und ungestraft geblieben, erst durch sein Geständniß auf dem Todtenbette oder nach seinem Tode bekannt geworden ist, keinen zweiten Mord begangen. Jedoch selbst wenn obige Vermuthung wahr wäre, so ist die Bedrohung aller Andern durch die Verletzung eines Einzelnen eine bloß mittelbare, entfernte, aus dieser erst zu schließende, bloß mögliche und wahrscheinliche, also ungewisse. Wegen einer solchen Bedrohung aber kann der Rechtsverletzer nicht allen Andern gegenüber sein Recht verwirken, sondern höchstens die Sicherheit seines Rechts, nicht aber dieses selbst, weil die Bedrohung auch die bloße Sicherheit der Rechte aller Andern gefährdet, nicht das Recht selbst aufhebt, vernichtet, verletzt. Hierzu kommt noch, daß obiger Einwand und Grund der Anwendung der Todesstrafe auf die Präventionstheorien, auf die Bestrafung gegen zukünftige, mögliche, ungewisse Verbrecher führt. Durch eine Rechtsverletzung wird das Recht und Rechtsverhältniß, (jedoch nur das verletzte, nicht alle andern und) blos zwischen dem Verletzten und dem Verletzer, nicht zwischen allen Andern und diesem aufgehoben. Also blos jener, der Verletzte, begehet kein Unrecht, (aber auch kein Recht), wenn er den Verletzer wieder eben so verletzt, wie dieser ihn. Nicht aber alle Andern. Diese begehen allerdings Unrecht, wenn sie deßhalb den Verletzer wieder so verletzen wollten, weil und wie er einen Andern, nicht sie, verletzt hat.

§. 112. (114.)

Nicht dem Staate gegenüber.

Eben so begehet die Staatsgewalt Unrecht, wenn sie einen Staatsgenossen straft, wenn, weil und wie einer ihrer Staatsgenossen von einem Menschen verletzt worden ist, ohne an des letztern Stelle zu treten, wie allerdings im Staate und bei dem Verbote der Selbsthülfe in der Regel. Stets begehet daher die Staatsgewalt Unrecht, wenn sie einen Menschen tödtet, weil er einen Andern getödtet hat. Denn hier kann sie an des letztern Stelle nicht mehr treten, weil er nicht mehr existirt. Hier kann sie des letztern Zwangsrecht anstatt des letztern nicht mehr ausüben, weil dieser keine Rechte mehr hat. Blos diesem gegenüber hat der Mörder sein Recht, zu leben, verwirkt. Blos dieser hätte kein Unrecht begangen, hätte er (und könnte er) den Mörder auch getödtet. Man könnte einwenden, die Staatsgewalt selbst sei in ihren Rechten durch die Ermordung

Digitized by Google

eines Menschen in ihrem Gebiete verletzt. Allerdings ist auch sie durch dieses wie durch jedes andere Verbrechen verletzt. Aber nicht ihr Dasein ist ihr vom Mörder eines Menschen, nicht ihr Recht, zu existiren, ist ihr genommen oder verletzt worden. Folglich hat dieser der Staatsgewalt gegenüber nicht sein Recht, zu leben, verwirkt. Nicht dieses ist zwischen jenem und dieser aufgehoben. Also am Leben darf die Staatsgewalt dem Mörder nicht strafen, sondern nur an dem Rechte, welches er durch seinen Mord gegen die Staatsgewalt verletzte und welches daher zwischen jenem und dieser aufgehoben ist.

§. 113. (115.)

Todesstrafe bloße Folge der Wiedervergeltung.

Wenn man auch im Staate eine Uebertragung des Zwangs- oder Strafrechts des einzelnen Staatsgenossen gegen den Verletzer seines Rechts auf die Staatsgewalt annimmt, so ist doch grade diese Uebertragung des Zwangs- (rechts) eines Gemordeten gegen den Mörder auf den Staat unanwendbar, weil jener, der Gemordete, kein Recht mehr hat. Sodann aber straft die Staatsgewalt — auch unter der Voraussetzung einer Uebertragung des Zwangsrechts der Einzelnen an sie — nicht die an diesen und gegen diese begangene Rechtsverletzung als solche, deren Willen, Auftrage und Antrage gemäß, sondern ohne diesen und gegen diesen nur, als an ihr, der Staatsgewalt selbst, geschehen, und nur insoweit, als jene Verletzung eines Privaten zugleich eine Verletzung ihrer, der Staatsgewalt selbst, ist. Der Mord eines Einzelnen ist nicht auch zugleich ein Mord der Staatsgewalt, wenn auch eine (andere) Verletznng derselben. Das Recht, zu leben, ist also zwischen der Staatsgewalt und dem Mörder eines Einzelnen nicht aufgehoben. — Jedoch selbst wenn durch die Rechtsverletzung gegen einen Staatsgenossen die Staatsgewalt oder Gesammtheit aller Andern gleichthätlich bedroht und verletzt würde, selbst wenn dieß wahr wäre, so würde doch die Staatsgewalt, wie der Verletzte, blos das Recht der reinen Wiedervergeltung — einer gleichen Verletzung, also blos bei der Ermordung[1]) das Recht der Todesstrafe gegen den Mörder erworben, nicht aber beim Hochverrathe,[2]) bei der Brandstiftung[3]) und bei dem Raube[4]) gegen den Hoch-

1) C. G. B. Art. 121. 185. 163. 1. 171. 1.
2) C. G. B. Art. 81.
3) C. G. B. Art. 171. 1. 2. 3. 4. 5.
4) C. G. B. Art. 163.

Digitized by Google

verräther, Brandstifter und Räuber, ohne daß Jemand getödtet worden ist. Denn blos das Recht und insoweit verwirkt es der Verbrecher, welches und inwieweit er es an Andern verletzte. Nur insoweit wird das Recht zwischen ihm und allen Andern und der Staatsgewalt aufgehoben, inwieweit er aus der Sphäre seines Rechts herausgetreten ist und dieses, die Schranke seiner äußern Freiheit übertreten hat. Nur eben so weit und auf gleiche Weise ihre Rechts- und Freiheitssphäre gegen den Verbrecher zu übertreten und dessen gleiches Recht auf gleiche Weise zu verletzen, nur dieses Recht der Gleichheit, wenn es ein Recht stets ist, und nicht vielmehr nur die thatsächliche Kraft, Etwas ohne Unrecht (aber auch ohne Recht) zu thun, erlangen und haben alle Andern und insbesondere der Verletzte oder der Staat. Folglich wird hierdurch[5]) die Todesstrafe nur als Strafe der Tödtung gegen Mörder, nicht aber überhaupt und bei andern Verbrechen gerechtfertigt, aber immer nicht als Recht, rechtmäßig und gerecht. (s. §. 119.) Jedoch auch dieser Beweis, daß die Todesstrafe nicht ungerecht (aber auch nicht gerecht) sei, verliert deßhalb an Werth, weil derselbe auf eine besondere Theorie des Strafrechts, auf die Wiedervergeltungstheorie gebaut ist. Mit dieser also steht und fällt jener ohnedem sehr beschränkte und bedenkliche Beweis.

§. 114. (116.)

Collision und Concurs des Rechts der Staatsgewalt und des Verbrechers auf Dasein.

Die Staatsgewalt und die Gesammtheit der Staatsgenossen hat also allerdings ein Recht auf Dasein und Leben, und begeht kein Unrecht, wenn sie das mit dem ihrigen unverträgliche Dasein eines Einzelnen vernichtet. Aber eben so hat dieser ein Recht auf Leben und Wirksamkeit und begehet kein Unrecht, wenn er das mit dem seinigen, z. B. „mit unabwendbarer Gefahr" angegriffenen, unverträgliche Dasein der Staatsgewalt oder der Gesammtheit der Staatsgenossen oder einiger vernichtet. Man könnte einwenden, bei einer Collision und Concurrenz des Rechts Andrer (der Staatsgewalt oder der Gesammtheit der Staatsgenossen) mit dem des Einzelnen sei jenes diesem vorzuziehen und habe den Vorrang vor dem letztern. Allein eine Collision von Rechten ist ganz unmöglich und undenkbar, weil das Recht und Rechtsgesetz eine Wahrheit,

5) Auf diese Weise suchen die Meisten die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe zu beweisen; z B. auch in den Mitth. über d. Verh. d. sächs. Landt. v. 1836/37 S. 194.

eine vernünftige Möglichkeit ist. Eine Collision von Rechten ist daher eine contradictio in adiecto und nach der Vernunft eine Unmöglichkeit. Wo also jene Möglichkeit aufgehoben ist, da ist auch das Recht aufgehoben und Recht weder wirklich noch denkbar. Aber bei einem Concurse des Rechts des Einzelnen mit dem Andrer oder mit dem der Gesammtheit der Staatsgenossen auf Dasein hebt weder jenes dieses noch dieses jenes als solches, als Recht, und an und für sich auf, wenn auch eines das andere bei der Befriedigung, bei der thatsächlichen, beschränkt oder gänzlich an dieser hindert. Das Recht bleibt dann dennoch seinem Begriffe und seiner Idee nach bestehen, eben so wie bei einem jeden andern physischen Hindernisse. Auch bei diesem Concurse könnte man einwenden, das Recht mehrerer Andrer oder der Gesammtheit der Staatsgenossen auf Leben sei stärker als das des Einzelnen und dieses schwächer. Allein dieß ist durchaus aus dem Gesichtspunkte des Rechts nicht wahr. Denn das Recht ist eben eine vernünftige Möglichkeit. Die Möglichkeit aber hat keine Grade. Das Recht ist eine gerade Linie. Es giebt keine Abstufungen oder Grade der Geradheit, wohl aber giebt es größere oder geringere Abweichungen von derselben, wie größeres oder geringeres Unrecht.

§. 115. (117.)

Staatsunterwerfungsvertrag.

So wie sich Manche zum Beweise der Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe auf den Staatsunterwerfungsvertrag berufen, so könnten dieß auch die Vertheidiger der Todesstrafe gegen die Behauptung in §. 112. ff. thun, daß der Einzelne ein eben so starkes Recht auf Leben habe und behalte, wie die Gesammtheit der Staatsbürger und daß bei der Unmöglichkeit des Zusammenbestehens beider Rechte beide, das Recht des Einzelnen so gut wie das der Gesammheit aufgehoben, in ein rein thatsächliches Verhältniß verwandelt werden. Man könnte hiergegen nämlich einwenden, durch den Staatsunterwerfungsvertrag unterwerfe der Einzelne auch sein Recht auf Leben der Staatsgewalt, verzichte auf dasselbe, wenn dessen Vernichtung zum Dasein der ganzen (natürlichen) Staatsgewalt, d. h. der Gesammtheit aller Staatsgenossen nothwendig sei, gestatte dem Rechte der letztern auf Dasein den Vorrang vor dem seinigen. Allein ein solcher Vertrag würde gar kein Rechts- oder rechtlicher, gar kein auf den Grund des Rechts gebauter, folglich gar kein Vertrag, für beide Parteien nicht verbindend sein, weil er über den Grund,

Digitized by Google

Zweck und die Grenze des Rechts (§. 34—40.) und über die Grundbedingung alles Rechts — Möglichkeit des Zusammenlebens aller einzelnen Menschen — der Vertrag schließenden, (§. 50.) hinausgeht, weil er über gar keinen rechtlichen, sondern über einen, über dem Rechte oder außerhalb desselben liegenden Gegenstand und für einen Fall abgeschlossen wird, wo alles Recht und alle und jede, auch die höchste Rechtspflicht, folglich auch die secundäre, abgeleitete, empirische Vertragspflicht aufhört. Also schon deßhalb kann die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe nicht aus dem Staatsunterwerfungsvertrage abgeleitet werden, schon deßhalb wäre dieser über das Recht auf Leben ungültig und nichtig, nicht nur aus dem gewöhnlichen, übrigens auch richtigen, nur nicht ganz richtig ausgedrückten, von obigem verschiedenen, aber mit ihm zusammenstimmenden Grunde, daß der Mensch schon als solcher gewisse außerbürgerliche, absolute, Menschenrechte auf geistiges und körperliches Leben und Wirken u. s. w, vor dem und außerhalb des Staates hat und in diesen mitbringt, auf jene Rechte aber, als Bedingungen und Mittel der Erreichung der Bestimmung der Menschheit, nicht gänzlich und total, sondern nur theilweise verzichten und verfügen dürfe. (§. 43. S. 40.) Wenn man aber überhaupt einen solchen Staatsvertrag verwirft und sagt, ein solcher sei nie abgeschlossen, der Staat beruhe auf keinem solchen Vertrage, so hat die Staatsgewalt noch viel weniger ein Recht zur Androhung und Vollziehung der Todesstrafe. Denn durch welchen rechtlichen, d. h. auf Recht gebauten Grund hätte sie ein solches Recht erworben? Erworben aber muß es sein, weil es dem Staate nicht angeboren, kein Urrecht desselben sein kann, weil der Staat selbst erst etwas Entstandenes, und zwar etwas erst später, nach dem Dasein der einzelnen Menschen mit ihrem Rechte, zu leben, zur Erhaltung des Rechts — gleicher äußerer Freiheit und Thätigkeit Entstandenes ist. Durch welchen rechtlichen Grund hätten also die vor dem Staate vorhandenen Menschen ihr vor dem Staate bereits gehabtes, nicht von diesem erhaltenes oder erst in diesem entstandenes Recht verloren, an die Staatsgewalt verloren oder abgetreten oder nur die Verfügung darüber für gewisse Fälle abgetreten? Uberhaupt hätte ja ein Staat oder eine Staatsgewalt — ohne Annahme eines, wenn auch erst später, als der Staat, stillschweigend abgeschlossenen Staatsvertrags gar kein Recht. Er wäre gar nicht auf's Recht, sondern nur auf das Recht der Uebermacht, auf keinen Rechtsgrund gebaut, ein blos thatsächlicher Zu-

Digitized by Google

stand.[1]) Dieser allerdings erfahrungsmäßige, empirische, geschichtliche Ursprung des Staats hindert nicht die nothwendige Annahme und Wirklichkeit des rechtlichen oder vernunftmäßigen Ursprungs des Staats auf den Grund eines stillschweigend, nach dem historischen Ursprunge des Staats, wirklich abgeschlossenen Vertrags.

§. 116. (118.)

Zurechnungslosigkeit der Hinrichtung eines Verbrechers.

Daß es kein Recht der Todesstrafe gebe, daß die Hinrichtung eines, wegen eines schweren Verbrechens gegen das Dasein der Staatsgewalt oder der Gesammtheit der Staatsgenossen zum Tode verurtheilten Verbrechers weder Recht noch Unrecht sei, und dem Gebiete des Rechts nicht angehöre, dieß gehet auch noch aus folgendem Rechtssatze hervor. „Alle Handlungen oder Unterlassungen nämlich, zu denen Jemand durch unwiderstehliche körperliche Gewalt oder durch Drohungen, die mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben verbunden sind, oder durch begründete Besorgniß solcher Gefahren genöthigt wird, unterliegen keiner Zurechnung".[1]) Nun ist aber nach der Meinung selbst der eifrigsten Vertheidiger der Rechtmäßigkeit der Todesstrafe, deren Androhung und Vollziehung an einem Einzelnen nur dann zulässig, wenn sie als nothwendig, in dem Staate zu dessen und der Gesammtheit der einzelnen Staatsgenossen Erhaltung nothwendig, d. h. wenn nachgewiesen werden kann, daß der Staat zur Vollziehung der Todesstrafe genöthigt wird durch Drohungen des Verbrechers, die mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für das Dasein, die Selbstständigkeit und Verfassung des Staats, der Staatsgewalt, für Leib oder Leben[2]) der Staatsgenossen verbunden sind oder durch begründete Besorgniß solcher Gefahren. Sind solche Drohungen des Verbrechers gegen die Staatsgewalt oder andere Staatsgenossen,

1) Dieß scheint sogar Mittermaier zu übersehen. S. N. Arch. d. Crim. R. XII. Bd. Abh. 8. S. 213. Neue Folge, Jahrg. 1834. Abh. IX. S. 215. — S. dagegen unten §. 149. u. v. Rotteck, Lb. d. Vernft.-R. II. Bd. Allgem. Staatslehre, Stuttg., 1830. §. 2. S. 49. ff. §. 18. 19. 20. 21. S. 81. ff.

1) Sächs. C. G. B. Art. 69. Code pénal, Art. 64. Oesterr. Ges.b. Art. 2. Preuß. Land. R. II. Tit. 20. §. 19—21. Baier. Ges.b. Art. 121. nr. 7. Württemb. Ges.b. 101. — S. §. 30. 31. u. C. G. B. Art. 132. nr. 4. 5. 125. u. Art. 144., 2. Abs.

2) Das Mand. wider die Selbstrache v. 2. Julii 1712. §. 53. (C. A. I. 1785.) enthält den Ausdruck „unvermeidliche Rettung seines Lebens und Glieder." S. C. G. B. Art.. 132. nr. 4. 5. Art. 144. 2. Absatz. P. G. O. Art. 139. 142.

Digitized by Google

solche Gefahren und eine solche begründete Besorgniß nicht vorhanden und nicht erweisbar, sind ferner jene Gefahren abwendbar oder nicht gegenwärtig, (Thatsachen, die selten oder nie vorhanden sein werden), so wird der Staat zur Hinrichtung eines Einzelnen nicht genöthigt, so ist diese selbst nicht nothwendig, sondern zurechenbar und selbst wieder ein Unrecht, ein Verbrechen, ein Mord, eine Verletzung der gegenseitigen Möglichkeit oder des Rechts des gegenseitigen Lebens und Zusammenbestehens. Denn die von der Staatsgewalt für Handlungen der Staatsbürger vorgeschriebenen Voraussetzungen und Bedingungen der Unzurechenbarkeit — die Nothwendigkeit oder Nöthigung — müssen auch für Handlungen der Staatsgewalt selbst gelten.

§. 117. (119.)

Zurechnungslosigkeit von Tödtungen durch einen zum Tode Verurtheilten.

Jener Rechtssatz (§. 116.) leidet aber auch seinen Worten und seinem Sinne nach auf den Verbrecher Anwendung, zu dessen Hinrichtung die Staatsgewalt genöthigt wird. Wenn also der einzelne Verbrecher, z. B. Mörder, Hochverräther, Brandstifter, durch die Drohungen des Staats, ihn hinzurichten, z. B. durch die Verurtheilung zum Tode durch den Richter oder die Staatsgewalt, durch gegenwärtige unabwendbare Gefahren für Leib oder Leben oder durch die begründete Besorgniß solcher Gefahren zur Unschädlichmachung oder gar Tödtung derer, die ihn, den einzelnen Verbrecher, hinrichten wollen, genöthigt wird, so unterliegen auch diese Handlungen des Verbrechers keiner Zurechnung oder rechtlichen, (wenn auch sittlichen) Beurtheilung. Man kann auch nicht einwenden, daß hierdurch aller Widerstand aller Verbrecher gegen alle Strafen gerechtfertigt werde. Denn dieß ist nicht wahr. Blos der Widerstand der Verbrecher gegen die, über Begriff, Grund, Zweck, Grenze und Grundbedingung des Rechts (§. 36—40. 86—89. 98—99.) hinausgehenden, die Erreichung der Bestimmung des Menschen unmöglich machenden, in §. 104 u. 105. I. 1. 2. 3. 4. angegebenen, mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben verbundenen Strafen wird gerechtfertigt, durchaus aber nicht der Widerstand der Verbrecher gegen alle andern, in §. 105. II. 1. 2. 3. 4. angegebenen, mit gegenwärtiger unabwendbarer Gefahr für Leib oder Leben der Verbrecher nicht verbundenen Strafen, z. B. nicht der Widerstand gegen, selbst lebenslängliches Zuchthaus, gegen körperliche Züchtigung, u. s. w. (S. §. 34. 50. 63. 118. 142.)

Digitized by Google

§. 118. (120.)

Nothstand der Staatsgewalt.

Daß ferner die Todesstrafe weder gerecht noch ungerecht sei, dieß gehet ferner auch daraus hervor, daß sie nach der einstimmigen Meinung aller ihrer Vertheidiger nur bei und nach ihrer erwiesenen Nothwendigkeit zulässig ist, d. h. nach einer von der Staatsgewalt selbst ausgegangenen Beschreibung und Begrenzung der Nothwendigkeit (C. G. B. Art. 72.), „in einem (unverschuldeten), auf andre Weise nicht abwendbaren Nothstande des Staats, der Staatsgewalt oder der Gesammtheit aller einzelnen Staatsgenossen zur Rettung aus einer gegenwärtigen dringenden Gefahr für die Selbstständigkeit und Verfassung des Staats, das Dasein der Staatsgewalt und Leib oder Leben ihrer Angehörigen.“[1]) Denn dann, aber auch nur dann ist das Recht suspendirt oder *aufgehoben*, die in jenem, das Recht aufhebenden Nothstande des Staats von diesem verübte Hinrichtung eines Einzelnen weder Recht noch Unrecht. Ob jener Zustand unverschuldet sei, wie das sächs. C. B. B. Art. 72. hinzusetzt, (s. jedoch Groß hierzu)[2]) oder ob er verschuldet sei, darauf kann bei einem blos thatsächlichen, nicht rechtlichen, keiner rechtlichen Beurtheilung unterliegenden Zustande nichts ankommen. Davon, von *rechtlicher Verschuldung* kann gar keine Rede mehr sein, wenn das Recht, ein rechtlicher Zustand und ein Rechtsverhältniß selbst aufgehoben ist.[3]) Eben so wenig kann im Nothstande von einer „*gesetzwidrigen*“ Handlung, von Gesetz und Recht die Rede sein, sondern nur von einer *unmoralischen* Handlung.

§. 119. (121.)

Nothstand eines zum Tode verurtheilten Verbrechers.

Im Nothstande befindet sich aber auch der zum Tode, also auch zu gänzlicher Rechtlosigkeit (§. 42. 43. S. 30.) verurtheilte Verbrecher, *wenn* er von der Staatsgewalt hingerichtet werden soll und wird. Er ist daher nicht strafbar, verletzt kein *Recht* und keine *Rechtspflicht* — weil er rechtlos, des höchsten und letzten Grundrechts aller Rechte, des, zu leben, für verlustig erklärt worden ist — wenn er in diesem seinen, auf andre Weise nicht abwend-

1) S. C. G. B. Art. 72. — Württemb. Ges.b. Art. 106.
2) C. G. B. s. d. K. S. mit Anmerk. 1838. zu Art. 72. S. 129. *Krug*, Studien, I. S. 142. f. — v. *Hartitzsch*, zu Art. 72. S. 152.
3) Hiefür sind auch l. l. d. bon. eor., qui. 48, 21. *Martin*, Lb. d. L. g. C. R. 2. Aufl. 1829. §. 40. not. 11. S. 91. u. die von *Wächter*, i. a. Lb. d. Röm. L. Straf. R. §. 55. not. 3. S. 97. angef.

Digitized by Google

baren Nothstande zur Rettung aus seiner gegenwärtigen dringenden Gefahr für Leib oder sein Leben eine gesetzwidrige Handlung begeht. Zwar verlangt das sächs. C. G. B. Art. 72., daß der Nothstand „unverschuldet" sei. Allein s. §. 118, not. 1. 2. §. 34. 50. 63.

§. 120. (122.)

Nothwehr des Staats.

So wie viele Criminalisten (Martin, Schulze, Wirth, Weber, s. unten) das Strafrecht des Staats überhaupt auf die Nothwehr desselben gegen Verbrecher begründet haben, so könnte namentlich, das Recht der Todesstrafe gegen Verbrecher aus dem Rechte der Nothwehr der Staatsgewalt gegen sie abzuleiten, versucht werden. Und hieraus würde allerdings ein Recht der Todesstrafe und deren Rechtmäßigkeit folgen, weil das Recht der Nothwehr aus dem Rechte der Selbstvertheidigung und dieses aus dem allgemeinen Zwangsrechte entspringt, während aus der Voraussetzung der Zurechnungslosigkeit der Hinrichtung eines Verbrechers durch die Staatsgewalt (§. 116.) oder des Nothstandes derselben (§. 118.) kein Recht der Todesstrafe, sondern nur so viel folgt, daß sie nicht Unrecht sei. Allein die thatsächlichen Erfoderniße der Nothwehr der Staatsgewalt gegen Mörder, Hochverräther und Brandstifter sind durchaus nicht vorhanden. Denn deren einzelne gewaltthätige Angriffe sind nicht grade Angriffe auf das Recht der Staaten, zu existiren! Wie! die Existenz des Staates wäre schon durch einen einzigen Mord gefährdet, angegriffen oder vernichtet, wenn er straflos bliebe? Jene Angriffe auf die Person oder das Eigenthum sind ferner bereits vollendet, eine Vertheidigung gegen sie oder eine Abwehr derselben gar nicht möglich.[1]) Hiergegen könnte man zwar einwenden, der gewaltthätige Angriff (auf die Persönlichkeit und das Leben eines Ermordeteten oder des Staats oder auf das Eigenthum durch Brandstiftung) dauere mittelbar auf die Staatsgewalt als thätliche, mittelbare Bedrohung derselben fort. Allein doch nicht als gewaltthätiger Angriff; sondern höchstens als mittelbare thätliche Androhung, jedoch auch als diese nicht einmal (§. 111. 112. 113.). Uebrigens würde selbst dann die Todesstrafe nur gerechtfertigt werden, wenn nicht Zeit und Gelegenheit zu andern, der Staatsgewalt nicht unbekannten Mitteln vorhanden ist, wodurch auf eine ihr unschädliche

1) S. überh. Meine Grundwiss. d. g. t. u. s. Civ. u. Crim. Proc.. Leipzig, 1839. I. §. 82. S. 116. — §. 118. S. 140.

Art die (in ihrer Fortdauer — und gegen die Staatsgewalt gar nicht erweisbare) Absicht des Verbrechers vereitelt werden kann.

§. 120. a. (125.)

Nothwehr des zum Tode Verurtheilten.

Wohl aber würde man nach dem Vernunftrechte — denn nach diesem — nicht nach dem positiven wird hier allein die Todesstrafe beurtheilt — das Recht der Nothwehr dem zum Tode verurtheilten Verbrecher, der eben hingerichtet werden soll, ertheilen können. Zwar muß zur Begründung des Rechts der Nothwehr der gewaltsame Angriff — hier der Staatsgewalt auf den Verbrecher — widerrechtlich sein. Allein dieß ist ja die Hinrichtung nach den hier entwickelten Grundsätzen des Vernunftrechts. Wenigstens ist sie ohne Recht. Daß dieser Angriff der Staatsgewalt auf die Person des Verbrechers von diesem verschuldet ist, ist wahr, hebt aber das Recht zur Nothwehr nie auf. Noch weniger kann man einwenden, gegen Nothwehr gebe es keine Nothwehr. Denn die Staatsgewalt ist — wie eben gezeigt — nicht im Stande der Nothwehr; und wenn sie es wäre, so wäre eben die Todesstrafe ein Exceß — eine Ueberschreitung der Nothwehr — wenn und da die Todesstrafe nicht nothwendig ist, gegen diese aber die Nothwehr zulässig.

§. 121. (124.)

Die Nothwendigkeit der Todesstrafe.

Es ist zwar in §. 116—120. bewiesen, daß die bloße Nothwendigkeit der Todesstrafe kein Recht dazu giebt und begründet, sondern im Gegentheile alles Recht aufhebt. Allein es erhellt zugleich aus §. 109—119, daß die Nothwendigkeit der Todesstrafe selbst dazu wesentlich erfoderlich und zu erweisen ist. Denn ohne diese Nothwendigkeit würde die Androhung und Vollziehung der Todesstrafe sogar Unrecht, Verbrechen, Mord sein. Deßhalb sagen auch alle Vertheidiger der Todesstrafe einstimmig, daß sie nur dann zulässig sei, wenn ihre Nothwendigkeit erwiesen ist, und daß diese und die Zweckmäßigkeit die einzigen Gründe der Rechtfertigung der Todesstrafe seien.

§. 122. (125.)

Wem und wozu ist die Todesstrafe nothwendig?

Allein nirgends ist diese Nothwendigkeit der Todesstrafe näher beschrieben und erklärt. Fragt man 1) nach dem Subject, für welches die Todesstrafe nothwendig sein soll, so ist darunter wohl unstreitig der Staat oder die Staatsgewalt oder die Gesammtheit der

Digitized by Google

Staatsgenossen gemeint und zu verstehen. Allein unklarer scheint man über die Beantwortung der zweiten Frage zu sein: 2) Wozu ist die Todesstrafe der Staatsgewalt nothwendig? Zu ihrer Bequemlichkeit und ihrer Erleichterung? Allerdings, dieß mag wahr, dieß das leichteste, bequemste Regierungsmittel sein, Verbrecher hinzurichten, und sie dadurch allerdings ohnmächtig, unschädlich, jede Ueberwachung, jede Sorge und Mühe entbehrlich und überflüssig zu machen. Mag dieß auch vielleicht sogar für manche Männer der Regierung und der Polizei, ja, sogar für manche Richter ein Grund sein, die Zulässigkeit der Todesstrafe zu vertheidigen. Allein die Moral, das Recht und das Gewissen fodern eine andere, höhere Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit der Todesstrafe aus einem andern Zwecke, nämlich die Nothwendigkeit zur Erreichung der Zwecke des Staats. Allein diese ist viel zu allgemein. Es ist gar nicht zu begreifen und einzusehen, wie die Androhung der Todesstrafe und die Hinrichtung einzelner Menschen als Mittel der Staatsgewalt nothwendig sein kann zur Erreichung der fremden Zwecke des Staats, wie sie diese nur hindern, wie sie diese befördern kann oder soll? Deßhalb ist die Frage über die Nothwendigkeit der Todesstrafe wohl specieller, auch nach der eignen Ansicht der Vertheidiger derselben, so zu beantworten: 4) Dieselbe ist nöthig zur Erhaltung des Daseins, der Selbstständigkeit und Verfassung der Staatsgewalt und des Leibes oder Lebens der Gesammtheit der Staatsgenossen. Fragt man endlich 5) gegen, an und für wen ist die Todesstrafe nöthig, so ist darauf nach der strengen Gerechtigkeit und im Sinne des s. C. G. B. Art. 81. 121. 163. 171. u. 185. zu antworten: nicht nur an dem, sondern auch gegen und für grade (§. 67. 94. 110.) den Räuber, Hochverräther, Mörder, Brandstifter und Meineidigen und nicht — nach der Meinung fast aller Vertheidiger der Todesstrafe — gegen andere Staatsgenossen und mögliche Verbrecher, zu deren Abschreckung und zur Sicherung des Staats gegen diese. — Sonst ist die Todesstrafe nothwendig nach der Ansicht andrer Gesetzbücher anders gegen Andere, nach der Ansicht andrer (früherer) Zeiten wieder anders gegen weit mehr Verbrecher, z. B. gegen die Ehebrecher, gegen Hexen, Zauberer ꝛc.

§. 123. (126.)

Unbestimmbarkeit der Nothwendigkeit der Todesstrafe.

Schon hieraus, aus diesem Wechsel und aus der Verschiedenheit der vermeintlichen Nothwendigkeit der Todesstraft nach Zeiten,

Digitized by Google

Staaten und Umständen erhellt wiederholt, daß es ein Recht, ein vernünftiges Recht der Staatsgewalt auf dieselbe nicht geben könne, sondern nur ein empirisches, positives, historisches. Denn jenes, das vernünftige Recht, ein so heiliges und wichtiges Recht, ist eines, ein einziges, unveränderliches! Von der Vernunft läßt sich ferner jene Nothwendigkeit der Todesstrafe gar nicht bestimmen, weder für einen einzigen bestimmten, noch für mehrere Fälle. Vielmehr sind diese nur empirisch, historisch und positiv, nach der Willkühr der zufälligen Gesetzgeber, nach ihren — wie sie selbst sagen, ungewissen und schwankenden und veränderlichen — Ansichten über die Nothwendigkeit der Todesstrafe für einzelne Verbrechen und Fälle. Oft ist durch Abstimmung, oft durch die Mehrheit einer Stimme (und oft was für einer!) zu bestimmen, ob? wann? und in welchen Fällen? ein Verbrecher das Recht zu leben habe, verwirkt oder verloren habe. Auch diese Unbestimmbarkeit der Fälle der Nothwendigkeit der Todesstrafe durch die Vernunft, selbst nur im allgemeinen, beweist, daß es ein Recht der Staatsgewalt auf Todesstrafe, d. h. ein vernünftiges nicht, sondern nur ein positives, willkührliches gäbe.

§. 124. (127.)

Beweis der Nothwendigkeit der Todesstrafe.

Jedoch abgesehen hiervon, die Nothwendigkeit der Todesstrafe in den positiv bestimmten Fällen ist noch nie, weder im Allgemeinen noch im Concreten und Besondern, weder für alle noch für einzelne Staaten, Zeiten und Umstände, weder durch die Vernunft noch durch die Erfahrung, weder für einzelne Verbrecher noch für die einzelnen concreten grade hingerichteten Verbrecher bewiesen worden, noch kann sie bewiesen werden. Alle Vertheidiger der Todesstrafe sprechen so viel von dieser Nothwendigkeit. Allein noch kein Einziger hat sie nachgewiesen. Insbesondere kann diese Nothwendigkeit der Todesstrafe für einen jeden einzelnen Fall und für einen jeden einzelnen Verbrecher nicht schon im voraus bei der allgemeinen Androhung der Todesstrafe erwiesen werden und erwiesen sein, da bei dem relativen und veränderlichen Begriffe der Nothwendigkeit und grade bei der Todesstrafe so viel auf die Individualität des einzelnen Verbrechers, der Zeitumstände u. s. w. ankommt. Und doch ist jener Beweis schon im voraus bei der allgemeinen Androhung der Todesstrafe nothwendig, damit nicht und weil sonst unter dieselbe einzelne Fälle und Verbrecher fallen, bei

Digitized by Google

denen sie nicht nothwendig ist, also sogar unrecht und moralisch verwerflich. Schon deßhalb ist die, nur auf die — im voraus unermeßliche, nicht bestimmbare und unerweisbare Nothwendigkeit zu bauende allgemeine Androhung der Todesstrafe im höchsten Grade bedenklich. Dieser Einwand beweist nicht etwa zu viel, nämdie Bedenklichkeit jeder allgemeinen Androhung jeder andern, nach §. 106. II. rechtlich zulässigen Strafe. Denn diese gründet sich nicht auf die relative und veränderliche Nothwendigkeit, sondern auf das eine, einzige, unveränderliche Recht der Staatsgewalt, die nach §. 105. II. zulässigen Strafen anzudrohen und zu vollziehen.

§. 125. (128.)

Umfang des Beweises der Nothwendigkeit der Todesstrafe.

Die Unmöglichkeit des Beweises der Nothwendigkeit der Todesstrafe erhellt schon aus dessen Umfange a priori. Derselbe umfaßt nämlich mindestens folgende Thatsachen: I. Allgemeine: 1) daß kein einziger Staat bestehen könne, wenn er nicht grade die Todesstrafe androhe und anwende, oder nur 2) daß irgend ein einzelner Staat nur deßhalb untergegangen ist oder untergegangen sein würde, weil er die Todesstrafe nicht angedroht und angewendet hätte; 3) daß alle andern denkbaren und möglichen Zwangsmittel und Strafen unwirksam und unzureichend, vergeblich angewendet und versucht worden, die Todesstrafe daher unentbehrlich sei; oder nur 4) daß in irgend einem Staate die Verbrechen deßhalb sich vermehrt haben, weil die Todesstrafe weder angedrohet noch angewendet worden ist. Die letztere Thatsache, die bloße Vermehrung der Verbrechen, kann eigentlich die Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit der Todesstrafe nicht, sondern höchstens deren Nützlichkeit und Bequemlichkeit erweisen. Allein auch diese Vermehrung der Verbrechen (nr. 4.) ist noch gar nicht und eben so wenig je einmal bewiesen und erweisbar, als die ersten drei Thatsachen; schon deßhalb, weil noch in gar keinem neuen Staate der Versuch der Abschaffung der Androhung und Vollziehung der Todesstrafe gemacht worden ist, außer in Toskana. Allein theils hat man hier die Todesstrafe nach ganz kurzer Zeit — ohne Gründe der Nothwendigkeit — wieder eingeführt, theils ist auch jene kurze Erfahrung der Abschaffung der Todesstrafe sehr günstig gewesen. Also ist eher der Gegenbeweis der Nothwendigkeit, der Beweis der Entbehrlichkeit geliefert worden, insbesondere auch durch die thatsächliche Abschaffung der gesetzlich angedrohten

Digitized by Google

Todesstrafe in Belgien von 1830—1835, in Oldenburg seit länger als einem halben Jahrhunderte, am meisten aber durch die gesetzliche Abschaffung der Todesstrafe in dem größten und blühendsten Staate, in der alten Republik Rom in ihrer blühendsten Periode, für römische Bürger. (Cic. in Verrem. act. II. lib. V.) — Die Beweise der angeblichen Nothwendigkeit der Todesstrafe sind bloße Zahlen- und bloße Beweise post hoc — ergo propter hoc, ferner Schlüsse von einzelnen Staaten, Fällen, Zeiten, Umständen, Verbrechen auf alle andern, daher falsch. Dasselbe gilt von unsern criminalstatistischen Beweisen, denen wohl h. T. zu viel Werth beigelegt wird. — Jedoch man könnte und möchte von diesen Mängeln des Beweises gern absehen, wenn er nur je von obigen vier Thatsachen geliefert oder nur versucht worden wäre. Allein dieß ist noch nie geschehen. Die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe, die Unersetzbarkeit derselben durch alle andern denkbaren Zwangsmittel und deren Unwirksamkeit kann nicht bewiesen werden. Denn wie will man beweisen, daß der Einzelne stärker und mächtiger sei als der ganze Staat, die ganze Staatsgewalt und die ganze Gesammtheit aller andern Staatsgenossen, daß diese Alle von einem Einzelnen überwältigt und bezwungen worden sind oder bezwungen werden können? Wäre dieß möglich und wirklich, so wäre es wahrlich um den Staat und die Staatsgewalt nicht Schade, oder vielmehr es wäre dann gar keine Staatsgewalt mehr vorhanden. Die Nothwendigkeit der Todesstrafe, Staatsgewalt und Staat sind daher sich direct widersprechende und sich gegenseitig aufhebende Begriffe.

§. 126. (129.)

Besondrer Beweis der Nothwendigkeit der Todesstrafe.

II. Außer der allgemeinen Nothwendigkeit der Todesstrafe umfaßt aber auch noch der Beweis derselben folgende besondre Thatsachen: 1) daß die Todesstrafe für ein jedes einzelne Verbrechen, dem sie im Gesetze angedroht wird, d. h. in Sachsen, daß sie grade für Hochverrath, Raub, Mord und Brandstiftung; 2) daß sie gegen einen jeden einzelnen concreten Hochverräther, Räuber, Mörder und Brandstifter, an dem und bevor sie vollzogen wird; 3) grade in dem concreten Staate und 4) zu der concreten Zeit u. s. w. nothwendig und unentbehrlich sei; 5) daß der einzelne hinzurichtende Verbrecher allerdings den Willen, sein Verbrechen zu wiederholen, habe oder auch den Staat und alle andern mit demselben thätlich bedrohe, (§. 111.) d. h. nach den eignen gesetz-

Digitized by Google

lichen Worten der Staatsgewalt 6) daß dieselbe zur Androhung sowohl als zu einer jeden einzelnen concreten Vollziehung der Todesstrafe „durch a. Drohungen b. des Hinzurichtenden, die mit gegenwärtiger, unabwendbarer Gefahr für das Dasein, die Selbstständigkeit und Verfassung des Staats oder für Leib oder Leben der Gesammtheit der Staatsbürger oder durch begründete Besorgniß solcher Gefahren oder zum Zwecke der Rettung aus dergleichen gegenwärtigen dringenden Gefahren genöthigt worden sei." (§. 116.) Allein dieser Beweis ist unmöglich. Alle diese Thatsachen sind noch nie, von allen ist noch keine einzige, die Nothwendigkeit der Todesstrafe ist noch nie erwiesen, sondern stets nur behauptet, angenommen, postulirt, petirt werden. Ja, es wird täglich der directe Gegenbeweis dieser Nothwendigkeit der Androhung und Vollziehung der Todesstrafe geliefert durch die so häufigen Begnadigungen und thatsächliche Nichtvollziehung der Todesstrafe bei einzelnen Verbrechen und in einzelnen Fällen, bei denen man sie für nothwendig und entbehrlich hielt, deßhalb androhete und bei denen sogar diese Nothwendigkeit durch richterliches Erkenntniß ausgesprochen wurde!! Und trotz dieser Nichtanwendung der für unentbehrlich gehaltenen Todesstrafe in einzelnen Fällen blüht, grünt und wächst der Staat. Einen schlagendern Beweis der Entbehrlichkeit der Todesstrafe in einzelnen Fällen gegen ihre Nothwendigkeit und die Unentbehrlichkeit der Androhung giebt es nicht! Erst dann ist die Nothwendigkeit der Todsstrafe vorhanden und erwiesen, wenn die Mehrheit der Staatsgenossen Capitalverbrecher oder fast die Mehrheit solche sind, also auch der Staatsgewalt und allen andern Staatsgenossen gefährlich und an Stärke gewachsen. Die Nothwendigkeit der Todesstrafe ist also noch nie erwiesen und unerweisbar. So lange aber diese Nothwendigkeit nicht erwiesen ist, so lange ist sie nicht vorhanden. Ohne die Nothwendigkeit der Todesstrafe gegen den einzelnen Verbrecher aber ist die Rechtspflicht des Staats gegen ihn und dessen Recht, zu leben, nicht suspendirt und aufgehoben, die Hinrichtung eines Verbrechers durch den Staat daher sogar Unrecht, Verbrechen, Mord und, nach der Ansicht selbst der Vertheidiger der Todesstrafe, unsittlich, schändlich und Sünde.

§. 127. (130.)

Nothwendigkeit der Todesstrafe — Folge der Abschreckungs- und Präventionstheorie.

Allein alle Vertheidigungen (und Vertheidiger) der Todesstrafe auf den Grund ihrer Nothwendigkeit haben den Grundfehler, daß sie

Digitized by Google

ungeachtet sie sonst auf eine andere Theorie des Strafrechts sich stützen,[1]) dennoch die Todesstrafe nur auf die Präventions- und Abschreckungstheorie gründen und gründen müssen, weil die in §. 125. unter 3. und in §. 126. unter 2. 5. und 6. angeführten Thatsachen nicht, d. h. weil nicht erwiesen werden kann, daß Sicherheit und Erhaltung des Rechts, Daseins u. s. w. des Staats, der Staatsgewalt und aller andern Staatsgenossen gegen die grade von dem Hinzurichtenden (§. 79. f.) drohenden Gefahren nur durch dessen Hinrichtung möglich sei. Denn das ist doch wahrlich gewiß und heutigen Tags unbestritten, daß ein einzelner Verbrecher noch auf andre denkbare Weise als durch bloße Hinrichtung unschädlich gemacht werden und daß der Staat und alle andern Staatsgenossen sich noch auf andre Weise gegen einen einzelnen Verbrecher mit Gewißheit schützen und sichern können, daß also zur Sicherung des Staats und aller andern Staatsgenossen gegen einen einzelnen Verbrecher die Todesstrafe nicht nöthig ist. Allein die gewöhnlichen Vertheidiger der Todesstrafe halten diese in einem andern Sinne und auch gegen Andere, als blos für den Hinzurichtenden für nöthig, nämlich zur Sicherung des Staats und aller Staatsgenossen gegen andere mögliche, zukünftige Verbrecher, deren, ohne Anwendung der Todesstrafe, um so mehrere und gefährlichere werden würden. Allein dieß führt auf die grundlosen und gefährlichen Abschreckungs- und Präventionstheorien, die doch von eben jenen Vertheidigern der Todesstrafe — freilich mit großer Inconsequenz, getadelt werden. Folglich fällt und steht die Zulässigkeit der Todesstrafe mit der Präventions- und Abschreckungstheorie!

§. 128. (131.)

Zweckwidrigkeit der Todesstrafe.

Die Zweckmäßigkeit eines Mittels kann zwar dasselbe nie heiligen, nie gerecht machen. Wohl aber beweist die Zweckwidrigkeit und Erfolglosigkeit eines Mittels dessen Ungerechtigkeit. (Impossibilium nulla est obligatio — nullum ius). Der Grund des Zwangsrechts ist das Recht — oder die Unmöglichkeit des Rechts ohne Zwang. Der Zweck des Zwangsrechts ist Aenderung des rechtswidrigen Wollens und Handelns in das entgegengesetzte

1) sogar Mittermaier, N. Arch. d. Crim. R. XII. Abh. 8. S. 215. vergl. mit seiner Ausg. v. Feuerbach, §. 20. S. 42. Nach Mittermaiers Ansicht im Arch. d. Crim. R. Neue Folge, Jahrg. 1834. IV. S. 220. f. scheint jedoch die Abschreckung nur ein politischer, kein Rechtsgrund für die Todesstrafe sein zu sollen.

Digitized by Google

gerechte, oder kurz: Gerechtigkeit oder Recht — Uebereinstimmung der — Handlungsweise aller zusammenlebenden Menschen. Dieser Zweck kann durch die Todesstrafe, also durch die Vernichtung jeder Handlungsweise und jeder Möglichkeit dazu, nicht erreicht werden. Denn durch die Hinrichtung des rechtswidrig Handelnden wird blos die Ursache (nicht der Grund) des Widerspruchs der äußeren Handlung desselben mit denen aller Andern aufgehoben, aber nicht die reale Folge oder Wirkung, nicht der Widerspruch. Dieser wird nicht in Uebereinstimmung aller äußern Handlungen verwandelt. Der Zweck der Hinrichtung ist also nicht Recht und Gerechtigkeit, wenigstens wird dieser nicht erreicht. Aber auch der Zweck des Zwanges wird durch die Todesstrafe nicht erreicht, nämlich eine Handlung grade des Gezwungenen und zwar eine mit der des Zwingenden übereinstimmende. Denn diese ist durch die und nach der Hinrichtung unmöglich.

§. 129. (132.)

Die Strafrechtstheorien in Bezug auf die Todesstrafe.

Hieraus (§. 128.) gehet hervor, daß eigentlich alle Anhänger der meisten relativen Theorien, welche einen auf den Verbrecher sich beziehenden und an ihm zu erreichenden Zweck der Strafe aufstellen, z. B. Aussöhnung des Willens mit dem verletzten Gesetze, Nöthigung des Beleidigers, sich unter das allgemeine Gesetz zu beugen, Aufhebung des sinnlichen Antriebs, Erweckung des sittlichen Gefühls, Besserung des Verbrechers, Vertheidigung, Nothwehr, Prävention gegen ihn, u. s. w., Aufhebung der Willensstimmung, Vergütung, (Vergütungs- — Androhungs- Abschreckungs- Warnungs- Strafzufügungs- Besserungs- Präventions- Vertheidigungstheorien) — alle diese Theorien und Vertheidiger derselben müssen consequent gegen die Todesstrafe, insbesondere gegen ihre Zweckmäßigkeit sein. Nur die Anhänger der meisten absoluten und der des psychologischen Zwanges (der Feuerbach'schen Abschreckungs-)Theorien können aus diesen Gründe gegen die Abschaffung der Todesstrafe entlehnen. Allein daß diese Gründe nicht viel werth sind, daß sie mit ihren Theorien stehen und fallen, daher — bis deren Wahrheit allgemein anerkannt ist, nichts beweisen und so lange petitiones principii sind, bedarf keiner Auseinandersetzung. [1])

1) Hepp, Ueb. d. gegenw. Standp. der Streitfrage über d. Zulässigkeit der Todesstrafe, Tübingen, 1835. §. 4. S. 26. ff.

Digitized by Google

§. 130. (133.)

Die absoluten Strafrechtstheorien in Bezug auf die Todesstrafe.

Und in der That sind alle bisherigen Gründe und Beweise für die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe den absoluten Strafrechtstheorien entlehnt. So insbesondere auch der von Oersted, Bauer, Mittermaier, Romagnosi und Hepp[1]) geführte. D. h. jene, wie diese selbst, sind in Bezug auf den Grund und den Rechtsgrund der Strafe bloße petitiones principii. Denn sie geben und wollen gar keinen Beweis des Grundes der Strafe und des Strafrechts geben, weil nach ihnen die Strafe eine durch die Idee der Gerechtigkeit gebotene Folge des Verbrechens als einzigen, ersten und letzten, thatsächlichen und rechtlichen Grundes, ein kategorischer Imperativ, ein Postulat, eine petitio principii ist und sein soll. Eben deßhalb beweisen alle bisherigen Gründe für die Zulässigkeit der Todesstrafe nichts. (§. 129. a. E. not. 1.) Wenn endlich die Vertheidiger der Todesstrafe sagen, dieselbe beziehe sich nicht auf die Zukunft, sondern blos auf die Vergangenheit u. s. w., so sind diese Behauptungen schon oben in §. 103. widerlegt.

§. 131. (134.)

Die Abschreckungstheorie in Bezug auf die Todesstrafe.

Daß die Abschreckungstheorie keine einzige Strafe und das Recht hierzu begründen und rechtfertigen könne, dieß ist heutigen Tags allgemein anerkannt. Um so mehr sollte anerkannt sein, daß sie die Todesstrafe nicht begründen und rechtfertigen könne. Allein dennoch suchen sogar die Gegner der Abschreckungstheorie mit dieser die Todesstrafe zu rechtfertigen, d. h. mit der Nothwendigkeit derselben zur Abschreckung Andrer. (Th. der unmittelbaren Abschreckung, Vollstreckungstheorie, poena exemplaris.) Allein der Einzelne, durch dessen Hinrichtung alle andern abgeschreckt werden sollen, ist ja an dieser Nothwendigkeit für und gegen Andere auch moralisch unschuldig. Diese Nothwendigkeit der Todesstrafe liegt nicht in dem Einzelnen selbst, in dessen Person, Willen, Triebe, Handlung und Schuld, sondern außerhalb derselben, in den bösen, gesetzwidrigen Trieben und der Schuld Andrer. Diese Nothwendigkeit der Todesstrafe ist aber noch viel weniger, auch nicht a posteriori, erweisbar als die zur Erhaltung des Daseins der Staats und aller andern Staatsgenossen. Zuerst schon wegen der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der abzuschreckenden Subjecte

1) Hepp, in d. angef. Schrift, §. 18. S. 78.

Digitized by Google

und des hinzurichtenden Subjects. Man wende nicht ein, dieses letztere sei derjenige, der den Tod verschuldet habe. Denn mit diesem Einwande giebt man zu, daß bereits ein andrer Grund der Rechtfertigung der Todesstrafe, außer der Abschreckung Andrer, vorhanden sein müsse, diese und die Nothwendigkeit der Todesstrafe hierzu letztere nicht begründen, nicht rechtfertigen könne. Eben so unbestimmt und unbestimmbar sind die abzuschreckenden Subjecte, in denen höchst gefährliche, gesetzwidrige, zu unterdrückende Triebe vorhanden sind. Denn einzelne bestimmte sind dieß nicht, sondern lauter ungewisse, folglich alle andern Staatsgenossen und die Gesammtheit derselben, oder die (ideale) Staatsgewalt selbst. Diese ist also das, die Todesstrafe androhende, anwendende, abschreckende Subject, zugleich aber auch das, welches abgeschreckt werden soll, welches daher zu seiner eignen Abschreckung die Todesstrafe als nothwendig androht und vollzieht, und sich selbst — die ideale Staatsgewalt! — als mit bösen, gesetzwidrigen, sich selbst gefährlichen Trieben behaftet verurtheilt. Die Gesammtheit der Staatsgenossen oder die ideale Staatsgewalt würde daher die Todesstrafe anwenden, um durch sie sich selbst und zu ihrem Schutze gegen sich selbst abzuschrecken.!!! Und auch das Dasein der durch die Abschreckung zu unterdrückenden gesetzwidrigen Triebe in der Gesammtheit der Staatsgenossen ist weder im Allgemeinen noch im Besondern grade zur Zeit einer Hinrichtung und Androhung der Todesstrafe erwiesen oder erweisbar, nicht zu vermuthen, und daher blos möglich, also ungewiß! Und wegen und bei dieser bloßen Möglichkeit und Ungewißheit (und zur Abschreckung) solcher unerweisbarer gesetzwidriger Triebe in andern Staatsgenossen, also auch bei der Möglichkeit des Gegentheils soll die Todesstrafe an einem Andern nothwendig, als nothwendig angedroht, vollzogen, gerechtfertigt werden? Die Vertheidiger der Todesstrafe suchen in der Regel nur den Erfolg der Abschreckung durch die Todesstrafe zu beweisen, übersehen und vergessen aber dabei die Hauptsache, den Beweis eines abzuschreckenden Etwas, den Beweis des wirklichen Daseins abzuschreckender gesetzwidriger Triebe in allen (oder welchen?) andern Staatsgenossen sowohl im Allgemeinen als zur Zeit der Androhung und einzelnen Vollziehung der Todesstrafe. Aber auch der Erfolg, die Erreichung, die Wirklichkeit und Nothwendigkeit der Abschreckung ist weder a priori noch a posteriori je erwiesen worden, noch überhaupt erweisbar! Der ganze Beweis beruht nur auf Vermuthungen und Hypothesen über die Mög-

Digitized by Google

lichkeit der Abschreckung. Diese soll hier nicht geläugnet werden. Allein die Nothwendigkeit und Wirklichkeit der Abschreckung, wenn auch nur eines einzigen Menschen durch eine einzige Hinrichtung ist noch nie erwiesen worden und wohl auch selten erweisbar. Was aber nicht bewiesen ist, welche Thatsache nicht gewiß, ist für den Denker, für den Menschen, für den Gesetzgeber und Richter nicht vorhanden.

§. 132. (134.)

Recht über Leben und Tod.

Daß es unter Menschen kein Recht über Leben und Tod gebe, daß insbesondere ein solches Recht auch der Rechtsstaat nicht habe, sondern höchstens ein Sclavenstaat, dieß geben selbst die Vertheidiger der Todesstrafe zu.[1]) Dennoch aber leiten sie das Recht der Todesstrafe auf eine Weise ab, welche wieder auf ein solches Recht der Staatsgewalt über Leben und Tod führt. So sagt Krug a. a. O.: „Daraus, daß Niemand ein so unbedingtes Recht über die Subsistenz eines vernünftigen Wesens haben kann, folgt keineswegs, daß man auch den Mörder, der factisch sich selbst ein solches Recht angemaßt hat, nicht am Leben strafen dürfe, sonst hätte ja der Mörder mehr Recht als die ganze Gesellschaft; er wäre gleichsam privilegirt, jedes Gesellschaftsglied zu tödten, während die Gesellschaft ihn nimmer tödten dürfte." Allein noch Niemand hat behauptet, daß der Mörder ein Recht über die Subsistenz eines vernünftigen Wesens habe, noch weniger, daß man durch eine Rechtsverletzung (factisch) ein Recht auf dieselbe erlange. Noch Niemand hat behauptet, daß der Mörder mehr Recht habe, als die ganze Gesellschaft, daß er privilegirt sei u. s. w. Im Gegentheil, die ganze Gesellschaft und der Mörder selbst sagt und weiß es, daß er Unrecht thue, daß er nicht privilegirt sei. Gethanenes und gehäuftes Unrecht giebt kein Recht dem Rechtsverletzer. Am allerwenigstens aber hat Jemand gesagt, die Gesellschaft „dürfe" den Mörder nicht tödten. Denn von „dürfen" im rechtlichen Sinne, von Recht und Unrecht ist zwischen dem Staate und dem Mörder keine Rede mehr, wenn dieser getödtet werden soll. Der Staat darf weder, noch darf er nicht, den Mörder tödten. Dieser Grund widerlegt fast alle Gründe für die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe. Recht und Staat sind jedenfalls nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Erreichung des höchsten und letzten Endzwecks

1) z. B. Krug, Allgem. Handwörterb. d. philos. Wissensch. 2. Aufl. 1834. VI. B. unter „Todesstrafe", S. 212. nr. 1.

Digitized by Google

aller Zwecke, der ganzen Menschheit und aller einzelnen Menschen, der Bewahrung innerer Freiheit, der Bewahrung, Integrität, Ausbildung und Vervollkommnung aller körperlichen und geistigen Anlagen, der Erstrebung und Erreichung der Wahrheit, höchsten absoluten Güte, Tugend und (sittlicher) Glückseligkeit. Ein über diesen höchsten und letzten Endzweck hinausgehendes Mittel darf und kann der Staat, selbst blos Mittel, weder haben noch gebieten noch gebrauchen.

§. 133. (136.)

Menschenrechte.

Das Leben ist ein Menschenrecht, welches der Mensch als solcher, der Staatsbürger als Mensch hat, und welches der Macht des Staats entrückt ist, jedoch nicht deßhalb, weil der Staat dem Staatsbürger das Recht zu leben nicht gegeben, folglich auch nicht nehmen könne. Denn mit einigem Rechte ist hiergegen eingehalten worden, daß die Staatsgewalt auch viele andere (Menschen-) Rechte dem Staate nicht gegeben habe und sie ihm doch nehme und nehmen dürfe, z. B. das der Freiheit durch Freiheitsstrafen. Jedoch auch dieser Einwand gegen obigen Grund der Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe ist nicht ganz wahr. Es ist nämlich nicht wahr, daß der Staat dem Staatsbürger auch andre Menschenrechte, z. B. das der Freiheit durch Freiheitsstrafen nehme. Denn diese heben die (äußere und innere) Freiheit des Menschen nicht ganz auf, sie vernichten dieselbe nicht total, sondern beschränken sie blos. Am allerwenigsten heben sie das Recht der äußern Freiheit selbst auf. Blos den Gebrauch desselben beschränken die Freiheitsstrafen. Denn selbst bei einer lebenslänglichen Freiheits-, Gefängniß-, Festungs- oder Zuchthausstrafe behält der Sträfling immer noch an Inhalt und Umfang einige Freiheit, wenn sie auch noch so gering ist. Jemanden der äußern und innern Freiheit ganz zu berauben, ist physisch und psychisch ganz unmöglich. Selbst wenn dieses Etwas von äußerer Freiheit fast bis auf Nichts thatsächlich reducirt ist, so ist doch dieses Etwas von Freiheit aus dem Gesichtspunkte des Rechts höchst wichtig und bedeutungsvoll. Der zu lebenslänglichem Zuchthause Verurtheilte behält doch immer noch sein Urrecht, sein Menschenrecht auf Freiheit. Auf den Umfang desselben kommt es nicht an, kommt es überhaupt bei den Urrechten nicht an. Diese sind bekanntlich alle blos formal, nicht material, sie haben noch keinen bestimmten Inhalt und Umfang, sie sind blos formale Grundbedingungen aller andern Rechte. Sie können daher recht-

Digitized by Google

mäßig durch die Nothwendigkeit noch so sehr beschränkt, wenn sie nur nicht total aufgehoben werden. Durch die Todesstrafe werden aber nicht nur das Recht auf Leben, sondern alle andern Menschenrechte selbst, nicht nur ihr Gebrauch total aufgehoben. Hierzu hat der Staat kein Recht.[1])

§. 134. (137.)

Die Menschenrechte — die Grenze aller Rechte der Staatsgewalt.

Jedoch, abgesehen hiervon, der Staatsbürger ist jedenfalls eher und früher — Mensch, als Staatsbürger. Er tritt daher bereits mit seinen Menschenrechten und mit seiner Bestimmung und seinem höchsten und letzten Endzwecke als Mensch in den Staat, als ein Mittel zu jenem und zur Bewahrung jener Menschenrechte. Diese sind daher älter als die Rechte der Staatsgewalt, folglich auch diesen bei einer etwaigen Collision vorzuziehen. Diese Rechte der Staatsgewalt müssen ferner ihre natürliche Grenze an und in jenen absoluten, ursprünglichen Privat- und Menschenrechten haben. Denn sonst wäre ja das Recht der Staatsgewalt unbegrenzt, (absolut,) alle Rechte der Staatsbürger, das gesammte Privat- und Menschenrecht nöthigenfalls absorbirend. Mit andern Worten: Die Staatsgewalt könnte mit ihrem unbeschränkten Rechte, ohne Unrecht zu thun, alle, sogar die Privat-Rechte der Unterthanen verletzen, vernichten, aufheben, einen Einzelnen, den ersten Besten, blos deßhalb tödten oder zum Sclaven machen u. s. w., ihm sein ganzes Vermögen blos deßhalb nehmen, weil es eine Nothwendigkeit erfodert, z. B. wenn es ein überlegner Feind verlangt. Allein hierzu hat der Staat kein Recht. Lieber muß er sich bis zu seinem gewissen Untergange vertheidigen, als einem, dem ersten besten (unschuldigen, vom Feinde auserlesenen) Unterthanen selbst Unrecht zu thun. Es ist hohe, heilige, aber nur sittliche Pflicht des Einzelnen, freiwillig sich für das Vaterland zu opfern. Allein eine Rechts- und Zwangspflicht hierzu giebt es nicht. Außerdem ginge alles Recht der Unterthanen in dem unbeschränkten Rechte der Staatsgewalt unter; jene wären dieser gegenüber rechtlos. Außerdem würde alles Recht erst von und in dem Staate geschaffen, alle Rechte der Unterthanen wären staatsbürgerliche, vom Staate erst geschaffene und jenem gegebene, alles Recht positiven Ursprungs. Wohl muß man daher den Menschen vom

1) Hepp. N. Arch. d. Crim. R. XI. nr. 4. S. 80. ff. S. 89., im Widerspruche mit „Ueber den gegenwärt. Standpunkt der Streitfrage über d. Zul. d. Todesstr." 1835. §. 18. S. 79.

Staatsbürger unterscheiden.[1]) Wohl muß man daher den Menschen und die Ur- und Menschenrechte von der Staatsgewalt vindiciren. Mit Recht sagt daher die Deputat. der I. Sächs. Kammer in ihrem Ber. zu Art. 41. (38. u. 39. des Entw.): „Wenn es das Wesen des christlichen Staats im Gegensatze der heidnischen Staaten des Alterthums ist, daß der Mensch bei ihm nicht im Bürger aufgeht", u. s. w. (L. A. Beil. z. II. Abth. 1. Slg. S. 62.)

§. 135. (138.)

Widerlegung einiger argumenta ad hominem für die Todesstrafe.

Positive Rechtsgründe für die Todesstrafe sind noch von keinem einzigen Vertheidiger derselben vorgebracht worden; ihre Rechtmäßigkeit, Zulässigkeit und Nothwendigkeit daher keineswegs erwiesen, ja, nicht einmal zu erweisen versucht worden. Vielmehr haben sich alle Vertheidiger der Todesstrafe leider! mit bloßen Gegengründen gegen die Gründe der Unzulässigkeit der Todesstrafe begnügt. Diese Veränderung der Beweislast ist Schuld, daß diese Streitfrage so wenig vorwärts rückt. Denn der angebliche directe Beweis der Rechtmäßigkeit der Todesstrafe von Hepp[1]) (angeblich auch von Oersted, Bauer, Mittermaier, Romagnosi) ist doch wahrlich kein Beweis zu nennen. Derselbe beruht auf mehr als zehn petitiones principii und enthält namentliche Sprünge im Beweisen. Insbesondere wird in demselben nur die positivrechtliche Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit der Todesstrafe und nur aus dem positiven Strafgesetze, aus der Infallibilität des Gesetzgebers, endlich aus der Nothwendigkeit und Wirksamkeit der Todesstrafe, also durch lauter petitiones principii, nicht aber aus dem Vernunftrechte deducirt. Insbesondere suchen die Vertheidiger der Todesstrafe die von der Unveräußerlichkeit des Rechts auf Leben hergenommenen Gründe zu widerlegen. Doch sind diese Widerlegungen meistens nur gegen die Form und den Ausdruck, nicht gegen das Wesen jener Gründe gerichtet. Denn wenn z. B. Mittermaier[2]) fragt: „Welche Möglichkeiten der Entwickelungen sind dem im Gefängnisse Befindlichen abgeschnitten", so ist dieß allerdings wahr,

1) gegen Mittermaier, Arch. d. Crim. R. Neue Folge, 1834. IX. Abh. S. 215. ff. Hepp, in der § 129. not. 1. angef. Schrift, Ueber den gegenw. u. s. w. §. 6. S. 32. S. oben §. 115. S. 102. u. unten §. 149. f.

1) Hepp, über d. gegenw. Standp. d. Streitfr. über die Zul. d. Todesstr., 1835. §. 18. S. 77. Ganz unbedeutend ist Sporschil, Vers. eines direkten Bew. d. Rechtm. d. Todesstrafe, Leipzig, 1838.

2) Arch. d. Crim. R. Neue Folge, 1834. S. 216.

Digitized by Google

daß ihm nicht viele Möglichkeiten der Entwickelung geblieben sind. Allein es ist jenem doch nicht jede Möglichkeit abgeschnitten. Das ist noch ein großer Unterschied, wichtig aus dem Gesichtspunkte des Rechts. Merkwürdig ist es ferner, die Vertheidiger der Todesstrafe als Gegner der körperlichen Züchtigung wiederzufinden. So sagt z. B. Mittermaier[3]), die körperliche Züchtigung sei sehr oft mit bedeutenden Nachtheilen für die Gesundheit! verbunden; — die Verweisung habe große Nachtheile für den Verwiesenen, sei nicht „abschreckend"[4]); — der bürgerliche Tod sei eine Fiction, welche die „Humanität" verletze, empörend und mit dem Besserungssysteme unverträglich sei! Ganz dieselben Gründe sprechen auch gegen die Todesstrafe in noch weit höherem Grade; auch diese hat alle jene nachtheiligen Folgen, die der Gesetzgeber nicht will, nicht wollen und bezwecken darf.[5]) — Eine petitio principii ist es ferner, wenn Abegg sagt: „die Schuld kann einen Grad erreichen, wo der innerste Widerspruch nicht anders aufgehoben werden kann, als mit dem physischen Dasein, wo der Leib hingegeben werden muß, um die Seele zu retten"!! (aber wie? hierdurch?) oder „der Heiligkeit (?) des Rechts und der Gerechtigkeit gegenüber kann das Leben nicht einen absoluten Werth behaupten, sondern muß, wie in andern Sphären, der Idee (?) geopfert (?) werden." Sind das Rechtsgründe? Die Rechtmäßigkeit, Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Todesstrafe ist daher zu verneinen, 1) nach dem positiv-geschichtlichen, 2) nach dem Standpunkte (dem ersten, unmittelbaren) der Privatrache, Vergeltung, 3) nach der theoretischen Ansicht von Opfer und Büßung, 4) nach der Lehre von dem Staatsvertrage, der Rechtlosigkeit u. s. w. (relative Theorien), Einwilligung des Verbrechers, Unveräußerlichkeit der Urrechte, 5) nach dem Standpunkte der Gerechtigkeit und des Christenthums.[5]) —

§. 136. (139.)

Allgemeiner Grundsatz für die Strafarten.

In §. 104. ist der Versuch gemacht worden, einen allgemeinen Grundsatz auch für die einzelnen Strafarten aufzustellen. Die

3) zu Feuerbach, Lb. 13. Aufl. 1840. §. 148. not. I. S. 219. §. 71. not. IV. S. 12. N. Arch. d. Crim. R. XII. B. Abh. 8. S. 221.

4) Grade die Verweisung, Landesmeidung (τὴν φυγὴν ὑπομένειν) findet man bei d. Alten als Strafe d. Mordes, z. B. bei d. Griechen im heroisch. Zeitalter, Homer. Il. 16, 573. f. 23, 86. 24, 481. Odyss. 13, 259. 14, 380. Hesiod, Schild, 82. Apollod. 2, 7, 6. Aeschyl. Fleh., 7, 8., als Verlust des Staatsschutzes. Homer. Il. 9, 63.

5) Die ältere Literatur über die Todesstrafe s. in Böhmer, Hdb. d. Liter. d. Crim. R. S. 647—683. §. 107—130. Claussen, d. ultimis supplic. in

Digitized by Google

Möglichkeit eines solchen wurde bisher stets bezweifelt.[1]) Allerdings kann die Vernunft und Philosophie des Strafrechts nicht einzelne Strafarten als die einzigen rechtlich möglichen und nothwendigen aus sich selbst schaffen, sondern nur aus der Erfahrung nehmen. Allein sie kann — und dieß ist ihre Aufgabe — so wie für jedes andere Detail, so auch für das Detail der Strafarten einen allgemeinen Grundsatz, besonders aber die äußerste rechtliche Grenze derselben auf- und feststellen. Als eine solche kann die bloße Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit nicht gelten, wie Bauer und Hepp sagen, weil diese selbst unbeschränkt und unbegrenzt ist. Denn dann wären alle Strafarten rechtlich zulässig, sobald sie nothwendig und zweckmäßig wären. Ueber der Zweckmäßigkeit steht stets das Recht, und zwar das Vernunft-Recht, welches freilich neuerlich noch — eben auch bei Gelegenheit der Frage über einen Grundsatz für die Strafarten und das Strafwürdige — Abegg[2]) mit den Worten abläugnet: „Wenn von Recht und Strafe die Rede ist, befindet man sich stets auf dem Standpunkte des positiven Rechts und des Staats."

Siebenter Abschnitt.

Von dem (bedingten) Zwangs- und Strafrechte eines jeden einzelnen in seinem Rechte Verletzten gegen den Rechtsverletzer innerhalb und außerhalb des Staats.

§. 140.

Absolutes und hypothetisches Zwangsrecht.

Das Zwangsrecht im Allgemeinen und an und für sich, wie bisher, betrachtet, ist ein unmittelbares, mit einer jeden Persönlich-

homicidii reos iur. const. Chilon. 1796.; die neuere v. Mittermaier, im N. Arch. d. Crim. R. X. S. 346. ff. Arch. d. C. R. Neue Folge, 1834. 1. nr. 1. f. 1836. nr. 1. 10. 1840. 3. Heft. ff. zu Feuerbach, Lb. 13. Aufl., 1840. §. 145. not. I. S. 216. ff. Abegg, Lb. §. 126. S. 190. f. Hinzuzufügen sind Heinroth in Hitzigs v. Demme fortgef. Annalen, IV. B. S. 12. XIII. Bd. S. 406. f. v. Rotteck's Commiss.ber. über d. Badenschen Strafgef. Entw., ebendas. Bd. XI. S. 33. ff. Dagegen Zentner, ebendas. S. 39. f. v. Ammon, Hdb. der christl. Sittenlehre, III. Bd. S. 211.

1) Hepp, Gerechtigkeits- u. Nutz.th. 1834. §. 84. f. u. in der §. 135. not. 1. angef. Schrift., §. 18. S. 79. Bauer, d. Warnungsth., 1830. §. 28. u. Lb. d. Straf. R. 1833. §. 22. II. S. 40. §. 106. S. 156.

2) Lb. der Straf. R. W. 1836. §. 49. S. 74.

Digitized by Google

keit und einem jeden Rechte schon seinem Begriffe nach und a priori nothwendig verbundenes, darum unbedingtes und absolutes Recht, welches auch das allgemeine Recht der Sicherung und Vertheidigung des Rechts überhaupt ist. Ein bestimmtes Zwangsrecht aber gegen eine bestimmte Person setzt die vorausgegangene Verletzung eines bestimmten einzelnen Rechts oder einer Rechts- und Zwangspflicht voraus. Dieses Zwangsrecht ist daher von einer solchen Rechtsverletzung als Bedingung und als wesentlichem Grunde bedingt und Folge derselben.

§. 141.

Grund dieses bedingten Zwangsrechts.

Der nächste und thatsächliche Grund dieses bedingten Zwangsrechts als Folge ist also eine einzelne Verletzung eines einzelnen bestimmten Rechts oder der praktische, reale Widerstreit einer einzelnen äußern Handlung des zu Zwingenden (Verletzers) mit dem einzelnen Rechte des Verletzten. Der rechtliche Grund dieses bedingten Zwangsrechts ist das Recht selbst, welches verletzt worden ist. (Aehnlich die absoluten oder Gerechtigkeitstheorien).

§. 142.

Der Zweck des bedingten Zwangsrechts

ist Aufhebung des, das einzelne Recht des Zwingenden verletzenden Willens und äußern Handelns des Verletzers oder Aenderung desselben in einen Willen und in ein Handeln, welches das einzelne verletzte Recht des Zwingenden nicht verletzt oder mit demselben übereinstimmt; mithin: Aufhebung jenes Widerspruchs oder Bewirkung dieser Uebereinstimmung, also — das verletzte — Recht selbst.

§. 143.

Allgemeiner Inhalt einer Rechtsverletzung.

Ohne die Verletzung eines einzelnen bestimmten Rechts oder einer Rechts- d. h. Zwangspflicht[1]) giebt es also kein bestimmtes Zwangsrecht. (Absolute oder Gerechtigkeitstheorie). Die Verletzung eines Rechts ist eine äußere, formale Handlung des intellectualen Willens, welche dem Rechte eines Andern praktisch widerstreitet. Durch eine Rechtsverletzung wird also das Recht eines Andern, dessen Dasein oder Bestehen in der Regel nicht aufgehoben oder vernichtet, vielmehr bleibt dasselbe nicht nur gegen alle Andern, sondern auch gegen den Rechtsverletzer bestehen, wirksam

1) Diesen Ausdruck zieht mit Recht vor Martin, Lb. §. 12. not. 7. S. 27. §. 42. not. 1. S. 93. §. 67. S. 149.

Digitized by Google

und gültig. Würde und wird durch eine Rechtsverletzung das Recht einer Person selbst aufgehoben, z. B. durch deren Tödtung oder durch Vernichtung des Gegenstandes des Rechts, z. B. des Eigenthums, so hört auch zugleich mit das Zwangsrecht dieser Person und wegen dieses Rechts auf. S. oben §. 112. und 113. S. 99.

§. 144.

Eintheilung des Zwangsrechts in das bürgerliche und in das Strafrecht.

Das in einem jeden Rechte enthaltene Zwangsrecht ist ein Schutz- und Sicherungs- (nicht Sicherheits-) oder auch ein Recht der Vertheidigung des Rechts. Aus diesem letztern leitet Martin[1]) das Strafrecht ab, (eben so Schulze und Weber). Dieses allgemeine Zwangsrecht nun hat eine doppelte Richtung und einen doppelten Zweck; nämlich einmal das (verletzte) Recht als etwas Reales und Materiales zu schützen oder zu bewahren, den Verletzer zur Nichtverletzung des Rechts als etwas Realen und Materialen — zu einem dasselbe als etwas Reales und Materiales nicht verletzenden Wollen und äußern Handeln zu zwingen. Der andere Zweck jenes Zwangsrecht besteht darin, das verletzte Recht als etwas Ideales und Formales zu schützen und zu bewahren, den Verletzer zur (selbst idealen und formalen) Nichtverletzung des Rechts oder zu einem dasselbe als etwas Ideales und Formales nicht, selbst nicht einmal ideal und formal verletzenden Wollen und Handeln zu zwingen. Deßhalb umfaßt das Zwangsrecht sowohl das bürgerliche, materielle Zwangsrecht oder das Recht der materiellen, bürgerlichen oder realen Bewahrung des verletzten Rechts, als das peinliche, formale Zwangs- oder das Strafrecht.

§. 145.

Das materielle Zwangsrecht

bezieht sich stets, auch im Staate, nur auf Sonder- oder Privat-Rechte Einzelner, (auch moralischer Personen) als Einzelner. Das Strafrecht aber ist im Staate nur ein Recht und eine Pflicht der Staatsgewalt. Dunkel und unzureichend ist Abeggs[1]) Unterscheidung des Straf- und bürgerlichen Rechts: „das Unrecht im bürgerlichen Processe sei eine Verletzung des nur besondern Rechts bei Anerkennung (?)[2]) des Rechts überhaupt

1) Lb. §. 11. ff. S. 24. ff.

1) Lb. d. Straf. R. W. 1836. §. 4. S. 4. f.
2) S. hiergegen Meine Grundwiss. des Proc. I. 1839. §. 6—12. S. 7. §. 57—62. S. 92. §. 79. S. 114. §. 86. S. 120.

Digitized by Google

und bei der Unterwerfung unter daſſelbe, während das Unrecht, welches nicht auf ſolche Weiſe durch den blos belehrenden [3]) Rechtsſpruch beſeitigt werden könne, das Verbrechen, das Recht als ſolches breche und angreife, zugleich mit der beſondern Verletzung, in welcher die verbrecheriſche Handlung wirklich ſei."

§. 146.

Das Privatrecht.

Das materielle Zwangsrecht iſt theils das Recht der Wiederzueignung des durch eine Rechtsverletzung entzognen Eigenthums und Vermögens, theils das Recht der materiellen Entſchädigung oder auf materiellen Erſatz des durch eine Rechtsverletzung entſtandenen Schadens. Dieſes Zwangsrecht iſt das Recht des bürgerlichen Proceſſes oder vielmehr deſſen Grundlage und der bürgerliche Proceß die Ausübung dieſes Zwangsrechts.[1]) Denn auch in dieſem, in der Hülfsvollſtreckungsinſtanz, wird der Rechtsverletzer durch Zwangsmittel gezwungen zu einer mit dem Rechte des Verletzten übereinſtimmenden Handlungsweiſe, zur materiellen Wiederherſtellung des verletzten Rechts. Der Grund und Zweck dieſes materiellen Wiederherſtellungsrechts iſt der allgemeine des Zwangsrechts, eben ſo deſſen Grenze und Umfang. (§. 37. 42. 73. 87. 92.)

Achter Abſchnitt.

Vom vernünftigen Strafrechte.

§. 147.

Das Strafrecht

iſt das Recht eines in ſeinem Rechte Verletzten auf Zwang oder Nöthigung eines Andern, des Rechtsverletzers, zur Aenderung ſeines rechtswidrigen (oder das Recht des Zwingenden verletzenden) Willens und Handelns in einen mit dem (verletzten) Rechte (des Zwingenden)

3) Wenn Abegg ebendaſ. ſagt, es gäbe gar keinen aprioriſchen Unterſchied zwiſchen dem Privat- und Strafrechte, ſo iſt dieß nach dem poſitiven Rechte eines Staats richtig, ſonſt aber nicht.

1) Meine Grundwiſſenſch. d. g. t. u. ſ. Civ. u. Crim. Proc., 1. 1839. §. 4. §. 37. S. 51. §. 71. S. 105. ff.

Digitized by Google

übereinstimmenden Willen und in ein daſſelbe nicht verletzendes Handeln, (ohne die oder außer der materiellen Herſtellung,) durch die Zufügung von etwas Unangenehmen, (eines ſinnlichen Uebels) oder kurz: Aenderung des ungerechten Willens und Handelns eines Andern in rechtmäßigen Willen und rechtmäßiges, (nicht rechtverletzendes, (§. 41.) alſo in der Regel negatives) Handeln, oder noch kürzer: das Strafrecht iſt das Recht zur Bewirkung der Nichtverletzung von Rechten — oder zur Aufhebung des Widerſpruchs äußerer Handlungen zuſammenlebender Menſchen — oder zur Bewirkung der Uebereinſtimmung dieſer äußern Handlungen, — zur Herſtellung und Erhaltung des Rechts oder der Gerechtigkeit, (ohne materielle Herſtellung des verletzten Rechts,) durch die Zufügung von etwas Unangenehmen. Man kann dieſes Strafrecht auch das Recht der idealen, formalen Bewahrung des Rechts nennen, inſofern nur Wiederherſtellung eines das Recht nicht verletzenden Willens und eines daſſelbe nicht verletzenden Handelns des Rechtsverletzers Zweck der Strafe iſt. (ſ. §. 88. ff.) Auch dieſes Strafrecht iſt theils ein abſolutes, (§. 140.), theils ein hypothetiſches. Grund, Zweck, Bedingung, Maaß und Grenze oder Größe, beſonders aber auch den Umfang — hat das Strafrecht, als Art, mit dem Zwangsrechte, als Gattung, gemein. (ſ. §. 87. 98.) In dieſem allgemeinen Sinne umfaßt das Strafrecht auch das Polizei-Verwaltungs-Disciplinar-Criminal- u. ſ. w. Strafrecht, im engern, eigentlichen und gewöhnlichen Sinne nicht.

§. 148.

Strafe

im rechtlichen Sinne iſt, als Gegenſtand oder Mittel einer Handlung, etwas Unangenehmes, (ein ſinnliches Uebel, §. 83.) wodurch Jemand wegen des Widerſtreits ſeines Willens uud äußern Handelns mit dem Rechte eines Andern (wegen einer Rechtsverletzung) von dieſem zu einem entgegengeſetzten (das Recht nicht verletzenden) Wollen und äußern Handeln gezwungen wird, oder ein Zwangsmittel. Die Strafe iſt theils Privatſtrafe, durch die ein Rechtsverletzer zur materiellen Wiederherſtellung verletzter Rechte durch die und bei der Hülfsvollſtreckung im bürgerlichen Proceſſe gezwungen wird, theils Strafe ſchlechthin oder im engern Sinne, wodurch ein Rechtsverletzer zum bloßen, das Recht des Andern nicht verletzenden Wollen und äußern Handeln, ohne materielle Wiederherſtellung des

Digitized by Google

verletzten Rechts, gezwungen wird. (Polizei-Verwaltungs-Disciplinar-Criminal- u. s. w. strafe.)

§. 149.

Das Strafrecht außerhalb des Staats.

Wenn und da es Recht und Rechte auch außerhalb des Staats giebt, da ferner das Recht vernünftigen, nicht positiven Ursprungs ist, so giebt es nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb des Staats und vor demselben (nicht nur ein positives, sondern auch) ein vernünftiges, natürliches oder philosophisches Zwangs- folglich auch ein Strafrecht, welches durch den in seinem Rechte Verletzten selbst ausgeübt wird. (§. 141.) Alle, die ein Straf- oder Zwangsrecht außerhalb des Staates läugnen, müssen auch ein natürliches oder vernünftiges Strafrecht läugnen und nur ein positives, historisches, empirisches, erst im Staate entstandenes, von diesem geschaffenes Recht und Strafrecht annehmen.[1]) Hiernach muß sich auch die Theorie vom Grunde und Zwecke der Strafe modificiren, oder vielmehr es fällt dann ein jeder rein vernünftiger Grund und Zweck der Strafe ganz weg, und an dessen Stelle tritt nur ein thatsächlicher, positiver. Der Grund der Strafe[2]) und des Strafrechts ist dann die Staatsgewalt oder der Staat, nicht das Recht selbst. Der Zweck der Strafe und des Strafrechts ist dann Aufrechthaltung des Staats und der Staatsgewalt, nicht des Rechts. Auch die Grenze des Zwangsrechts ist dann anders zu bestimmen, nämlich blos durch die Nothwendigkeit des Zwanges zur Aufrechthaltung des Staats und der Staatsgewalt. (§. 97—102.) Ueberhaupt erscheint dann nach dieser Theorie der Staat nicht als Mittel zur Aufrechthaltung des Rechts und als Mittel zur Erreichung der Bestimmung aller Menschen, sondern als höchster und letzter Endzweck oder vielmehr als Selbstzweck, und die einzelnen Staatsgenossen erscheinen dann als bloße Mittel für den Zweck des Staats oder der Staatsgewalt. Jene Theorie giebt daher dem Staate als Selbstzwecke ein unbeschränktes Recht über die Staatsgenossen als bloße Mittel, sie hebt die Rechte der letz-

1) wie Abegg, Lb. d. Straf. R. W. 1836. §. 49. S. 73. Vergl. oben §. 134. a. E. §. 115.

2) Treffend sagt Abegg, Lb. §. 7. S. 9.: „An sich und geschichtlich hat das Strafrecht seine Stelle, wie seine Grundlage im Rechte; als Rechtsanstalt bei dem Gemeinwesen und der bürgerlichen Gesellschaft; seine Vollendung erreicht es im Staate." — Allein „hiermit erledigt sich die Frage, ob es ein außergesellschaftliches, ein Strafrecht außer dem Staate gebe," noch nicht, wie Abegg meint; im Gegentheil widerspricht jenes diesem

Digitized by Google

tern als Individuen und deren Freiheit gänzlich auf; sie macht die Staatsgenossen gegenüber der Staatsgewalt rechtlos. Denn alle Rechte sind dann öffentliche der Staatsgewalt, von dieser geschaffene. Nach jener Theorie endlich giebt es keine Menschen-Rechte, keine außerbürgerlichen, sondern nur bürgerliche, vom Staate erst geschaffene, staatsgesellschaftliche Rechte.[3]) Das öffentliche Recht der Staatsgewalt findet keine Grenze am Privatrechte der Persönlichkeit und Freiheit, an dem Rechte auf Sachen[4]) u. s. w.

§. 150.

Natürliches oder vernünftiges Strafrecht

nennt man das aus reinen Vernunftbegriffen und aus rein vernünftigen Grundsätzen, aus der Vernunft abgeleitete und blos durch sie erkennbare (a priori) Strafrecht in Bezug auf seinen Ursprung und Erkenntnißgrund, im Gegensatze des positiven. Dieselben Gründe nun, welche überhaupt für ein vernünftiges oder philosophisches (Privat-), für ein Vernunft- und Naturrecht überhaupt streiten und beweisen,[1]) dieselben Gründe streiten auch für ein philosophisches oder vernünftiges oder natürliches Zwangs- oder Strafrecht, welches nicht durch äußere Willensbestimmungen und Thatsachen, nicht auf historischem und empirischem Wege, a posteriori, nicht durch eine Autorität und äußere Gewalt entsteht. Da nun die Vernunft, deren Begriffe und Grundsätze nicht erst in dem und durch den Staat, sondern ganz unabhängig von demselben entstehen, da ferner alle vernünftigen Grundsätze allgemein gültig, nicht auf einen besondern Staat und besondere thatsächliche Verhältnisse sich beziehen, so giebt es auch ein vernünftiges Strafrecht, abgesehen von dem Staate, ohne einen solchen und außerhalb eines solchen, mithin auch in außerbürgerlichen oder sog. Naturstande, wenn er richtig verstanden wird.[2]) Ohne ein schon vernünfti-

3) Diese Meinung und Theorie ist sogar die Mittermaiers, im Archive d. Crim. R. Neue Folge, Jahrg. 1834. IX. S. 216., bes. nr. II. freilich consequent mit der Ansicht in §. 134. not. 1.

4) S. gegen diese gefährlichen Theorien v. Rotteck, Lb. d. Vernunft. R. I. §. XVIII. S. 57. §. XXI. S. 68. ff. §. XXVI. S. 99. ff. II. B. §. 31. S. 116. ff. §. 35. S. 127. ff.

1) S. not. 2. u. Krug's Syst. d. prakt. Philos. I. Th. Dikäologie oder philos. Rechtslehre, 1817. §. 8. S. 35. ff. §. 62. Anm. S. 229. Welcker, d. letzt. Gründe v. Recht, Staat u. Strafe, Gießen, 1813. S. 54. ff.

2) Hiergegen sind fast alle teutschen Criminalisten. Martin, Lb. §. 10. not. 3. S. 25. §. 11. not. 3. S. 23. Birnbaum, Arch. d. Crim. R. Neue Folge, Jahrg. 1834. Abh. 8. S. 155. not. 15. Jahrg. 1836. Abh. 21. S. 572. Heffter, Lb. d. g. d. Crim. R. 1833. §. 7. not. 1. S. 15. u. d. dort angef.

Digitized by Google

ges Strafrecht entbehrte ja auch das positive Strafrecht alles vernünftigen, vernunftrechtlichen Grundes und das positive wäre eine reine Erfindung, etwas erst neu Geschaffenes, ein Product der Willkühr und des bloßen Bedürfnisses, welches also auch willkührlich ausgedehnt, willkührlich beschränkt werden könnte. (Strafe und Strafrecht im staatsrechtlichen Sinne, (durch einen besondern Richter und nach einem Strafgesetze ausgeübt,) giebt es natürlich im Naturstande nicht, S. §. 177.) Daher giebt es auch in obigem Sinne Verletzungen vernünftiger, natürlicher Rechte, folglich auch, wenn der Zwang zu materieller Herstellung derselben nicht genügt, solche Rechtsverletzungen, deren Urheber durch besondern Zwang, durch Strafe zu zwingen sind, (natürliche Verbrechen.)

§. 151.

Umfang des Strafrechts.

Der Umfang des Zwangsrechts, also auch des Strafrechts, oder der Umfang des Strafgebiets, der Grenzpunkt desselben wird und ist durch den Begriff, Grund und Zweck des Rechts sowohl als des Zwanges und des Zwangsrechts (§. 35—40. 50. 89—103.) hinreichend bestimmt. In allen Fällen also, wo das Zwangsrecht zur materiellen Herstellung verletzter Rechte oder das Privatrecht, Privatklagen und Privatstrafen, ferner häusliche und Familien-, Kirchen-, Zucht-, Erziehungs-, Disciplinar- u. s. w. Gewalt (bei den Römern domesticum imperium, officium censoris u. s. w.), ferner Nichtigkeitserklärungen, Conventionalstrafen, allgemeine, öffentliche Mißbilligung, Rüge, die öffentliche Meinung, Freiheit der Presse, der Tadel aller edlern, rechtlichen und sittlichen Bürger eines Staats, welche stets die Mehrzahl bilden, daher den Grundton angeben, Ungerechtigkeiten, Unsittlichkeiten, Gesetzesverletzungen und Verbrecher niederhalten und unterdrücken, — in allen Fällen also, in denen diese Mächte und Gewalten Recht und Sittlichkeit aufrecht erhalten, so wie den Grund und Zweck des Rechts und des Zwangsrechts erfüllen und hierzu genügen, in allen diesen Fällen fällt der Grund und Zweck des Zwanges, der Strafe, des Zwangs- und Strafrechts, mithin das Recht und die Pflicht zur Strafe selbst weg und diese, das Strafrecht und das Strafgesetz ist durch den Grund und Zweck des Rechts nicht geboten, sondern als überflüssig und nicht

Dafür vorz. v. Rotteck, Lb. d. Vernunftr. I. §. XXII. S. 78. §. 53. S. 252. ff. III. §. 15. S. 210. Deput.ber. d. I. K. Mitth. vom Landt. S. 184.

Digitized by Google

nothwendig, folglich auch als Unrecht dargestellt. Die Strafe und das Strafrecht ist mithin das äußerste Mittel und nur als Ausnahme und subsidiäres oder secundäres zulässig und zu erweisen in allen den Ausnahmsfällen, wo alle andern Zwangsmittel, das Privatrecht u. s. w. den Grund und Zweck des Rechts nicht erfüllen und daher der Grund und Zweck eines besondern Zwanges, der Strafe und des Rechts zur Strafe eintritt. Der Umfang des Strafrechts ist daher nur negativ, nicht positiv, im Detail nicht a priori, sondern nur a posteriori, nach der besondern Bildungsstufe und nach den concreten Verhältnissen und Erfahrungen eines einzelnen Volks und Staats zu bestimmen.

§. 152.

Umfang des Strafrechts nach den absoluten Theorien.

Nach den sog. Gerechtigkeitstheorien, wie sie bisher dargestellt worden sind, ist freilich die Strafe und das Strafrecht an und für sich schon ohne Weiteres gerechtfertigt, begründet, Selbstzweck, eine Foderung der Gerechtigkeit und der Vernunft oder ein Postulat derselben, daher auch dem Umfange nach positiv zu bestimmen, nicht möglichst zu beschränken, nicht Ausnahme, nicht Mittel, nicht subsidiär und secundär, sondern allgemeine Regel, consequent bei allen Rechtsverletzungen zulässig, nothwendig und Pflicht, selbst wenn nach der Bildung, Cultur, Sittlichkeit und Erfahrung eines Staates und Volks nicht nothwendig. So wie nun die Gerechtigkeitstheorien in Bezug auf den Grund und Inhalt des Strafrechts reine Postulate und petitiones principii enthalten, so auch hier in Bezug auf den Umfang des Strafrechts, bei dessen Bestimmung sie noch dazu inconsequent sind, wenn sie dennoch für möglichste Beschränkung des Strafrechts als eines subsidiären und äußersten Mittels sind.

§. 153.

Umfang des Strafrechts nach Abegg.

Die Versuche, den Umfang des Strafrechts positiv zu bestimmen, müssen stets mißlingen. Daher ist Abeggs[1]) Erklärung unzureichend, unbestimmt und dunkel, wenn er sagt: „Rechtsanfoderungen, deren Anerkennung[2]) in dem Sinne nothwendig und von

---

1) Lb. der Straf-R. W. 1836. §. 8. S. 10. §. 48. S. 72.

2) Diese, stets theoretisch, innerlich, u. s. w. gehört dem Gebiete des Rechts nie an und ist unerzwingbar. S. Meine Grundwissensch. des Proc. I. 1839. §. 6—9. S. 7. ff. §. 37. S. 52. §. 40. S. 59.

Digitized by Google

dem subjectiven Willen unabhängig ist, daß dessen Entgegensetzung eine Verletzung des Objectiven, (?) Heiligen (?), des Rechts ist, stehen jetzt stets im Gebiete des Strafrechts." Anders drückt sich Abegg, i. a. W. §. 48. S. 72. aus: „Wenn daher das Unrecht sich nicht als ein solches ergiebt, welches sich noch unter das Gesetz stellt, wenn der subjective Wille sich über dasselbe hinwegsetzt und als für ihn nicht vorhandenes betrachtet, neben welches er seiner widerrechtlichen Gesinnung durch die That ein Dasein in der äußern Erscheinung giebt, das nicht zu bestehen berechtigt ist, so (?) wird durch die Gerechtigkeit selbst die Beugung des widerstrebenden Willens unter das Gesetz gefodert, und diese ist, da (?) der Verbrecher nicht freiwillig sich dem Gesetze fügt (— wie viele Verbrecher würden, auch ohne Strafe, nie wieder verbrechen!) nothwendig ein Zwang". (Privatrechtlicher? oder stets Strafe? warum stets Strafe, wenn privatrechtlicher Zwang ausreicht? Und setzt sich nicht auch bei Verletzungen von Privatrechten der subjective Wille oft nicht mehr unter, sondern über das Gesetz?? d. h. verletzt dieses wissentlich und absichtlich, setzt sich absichtlich über das Gesetz weg, will dieses nicht anerkennen? Umgekehrt wie viele Verbrecher verletzen das allgemeingültige, objective Gesetz ohne den Willen und die Absicht der Nichtanerkennung desselben, ohne die wirkliche Kenntniß desselben, oder in bloßen augenblicklichen — in ihrem ganzen Leben nicht wiederkehrenden, nicht gegen das Gesetz gerichteten Leidenschaften, Veranlassungen u. s. w. Die wenigsten Verbrecher haben den Willen, sich über das Gesetz zu stellen. Bei vielen würde eine einfache Belehrung über ihren Fehltritt hinreichen.) — Für die oben §. 151. angedeutete möglichste Beschränkung des Strafrechts nach dessen Grunde und Zwecke sprechen auch hochwichtige Gründe der Politik, der politischen und constitutionellen Freiheit, freier Thätigkeit und Entwickelung der Staatsbürger. Eine ausgedehnte Strafgesetzgebung hindert nicht nur diese, sondern macht aus dem Menschen und Bürger eine chinesische Puppe, die kein, noch so unschuldiges Schrittchen thun kann, ohne Strafe fürchten zu müssen und in Strafe zu fallen. Viel zu weit gingen die auf dem sächs. Landtage von 1836/37 in der I. Kammer entwickelten Grundsätze der Strafbarkeit.[3])

3) Mittheil. v. Landt. 1836/37. S. 258. ff. Mittermaier, Arch. des Crim. R. Neue Folge, 1838. S. 3. ff. 1386. S. 601. 617.

Digitized by Google

§. 154.

Vernünftiges Strafrecht ohne positives Gesetz.

Nach dem Vernunftrechte giebt es daher: 1) Strafe und ein Recht zu strafen, so wie 2) (natürliche) Verbrechen ohne vorhergehendes positives Strafgesetz, ohne dessen Bekanntmachung und Kenntniß, ohne Strafdrohung, ohne Warnung und insbesondere ohne Kenntniß des positiven Strafmaaßes, was auch h. T. im Staate, nach dem positiven Strafrechte (S. C. G. B. Art. 68.) der Fall ist; 3) kein Verbrechen ohne Bestrafung; (wenn nämlich Grund und Zweck des Strafrechts eintreten, ist auch die Rechtspflicht, zu strafen, da) und 4) keine Strafe und kein Strafrecht ohne Verletzung eines Rechts oder Rechtsgesetzes oder ohne ein (natürliches) Verbrechen. — Fast alle Strafrechtstheorien führen zu, dem 1. und 2. Grundsatze geradezu entgegengesetzten: „Nulla poena, nullum crimen sine lege“ und „nullum crimen sine poena legali“. Grade dieß beweist am besten, daß sie das vernünftige Strafrecht mit dem positiven verwechseln oder jenes gar nicht, sondern nur letzteres, nur ein historisches annehmen und begründen, daß sie ferner vor dem und ohne den Staat weder das Recht noch das Strafrecht annehmen, daß sie das Recht und das Strafrecht erst in und nach dem, so wie durch den Staat entstehen, erfinden und schaffen lassen, daß sie mithin das Strafrecht nicht aus dem Rechte (welches vor dem und ohne den Staat besteht, nicht erst dessen Erfindung und Product ist,) ableiten, sondern daß sie das (positive) Strafrecht im Staate auf diesen, auf das positive Strafrecht und positive Gründe bauen, mithin petiren, postuliren und daß sie eben deßhalb alle mehr oder weniger Erschleichungen des Beweises (petitiones principii) sind.

§. 155.

Umfang des sächs. C. G. B.[1])

Auch das sächs. C. G. B. entspricht im Allgemeinen den in §. 151—153. angegebenen Grundsätzen über den Umfang des Strafrechts oder Strafgebiets. Denn nach Art. 29. sind bloße Vorbereitungshandlungen nicht strafbar, (mit Ausnahme des Hochverraths, Art. 84.,) nach Art. 32. fahrlässige Handlungen blos in ausdrücklich bestimmten Fällen; die Selbstbefreiung von Gefangenen, Selbstmord (s. oben not. 1. S. 35. §. 49.), stuprum u. s. w. gar

1) Deput.ber. d. I. K. Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 184. f. L. A. Beil. zur II. Abth. I. Slg. S. 9. Schüler, Beiträge, S. 50. 59. 85. 91. 95.

Digitized by Google

nicht mehr; Kinder vor zurückgelegtem 12. Jahre straflos und die Jugend bis zum 18. Jahre ein Milderungsgrund (Art. 62. 66.). Das S. C. G. B. übergeht ferner den wucherlichen Vorkauf, Glücksspiele u. s. w. Allein dasselbe enthält auch viele Ueberschreitungen des Strafgebiets und Strafbestimmungen da, wo der Grund und Zweck der Strafe — §. 35—40. 50. 87—103. — gar nicht oder nicht mehr vorhanden oder wirksam oder erreichbar, die Strafe mithin überflüssig, folglich auch Unrecht ist. So stellt es eine ausgedehnte Vermuthung des Vorsatzes auf, (Art. 31., unten §. 340. ff.) setzt auf den Vorsatz und die Fahrlässigkeit (auf die Möglichkeit des Vorausseh ens des Erfolgs mit Wahrscheinlichkeit) bei einigen Verbrechen (Art. 131. 132. (?), 171.) ein und dasselbe gleiche Strafmaaß. Es bestraft ferner auch den Verbrecher, der freiwillig vom Verbrechen absteht (Art. 28.), obwohl hier Grund und Zweck des Strafrechts, Aenderung des rechtswidrigen Triebes, Willens und Handelns gar nicht mehr vorhanden und erreichbar, dieser rechtswidrige Wille schon von selbst rechtmäßig geworden ist, bestraft ferner criminell den, der mit einem verfügungsunfähigen Menschen ein, demselben nachtheiliges Geschäft eingeht (Art. 264.), das Tragen von Flinten oder Büchsen auf fremden Jagdrevieren, (Art. 275.), das „unbefugte Eindringen in fremde Geheimnisse", (Art. 324.), alle wahrheitswidrige Aussagen vor „jeder öffentlichen Behörde", (Art. 325.), bloße Verabredungen zum Ungehorsam (Art. 110.), die Einstellung von Gewerbsarbeiten, (Art. 111.) u. s. w., Fälle, in denen privatrechtlicher Schadensersatz, Disciplinarmaaßregeln u. s. w. ausreichen würden. Ferner scheint das C. G. B. in vielen Art. Handlungen zu bestrafen, welche nicht einmal die allgemeinen Erfoderniße einer jeden Rechtshandlung oder Verletzung eines Rechts haben, (§. 49—72.), wo die Wissenschaft nachhelfen muß. Ferner statuirt das C. G. B. Injurien gegen Stände und Corporationen, dehnt viele Verbrechen ihrem Begriffe nach viel zu weit aus, insbesondere die Verletzungen der Ehre, (Art. 194—199.) die Selbsthülfe, (Art. 204—205.), Staatsverrath, (Art. 88.), Versuch des Hochverraths, (Art. 84.) Betrug, (Art. 245—246. und Art. 30. 33. 226. 261. 263. 264. 267. 287. 288. 293. 294. 295. 310. 311. 36. 49.), die Begünstigung und Anzeigepflicht, (Art. 38. 39. 86.). Dagegen dehnt es die Wirkung des freiwilligen Ersatzes bei Verbrechen gegen das Eigenthum viel zu weit aus, (Art. 65.) und ist bei den Vergehen von Behörden, insbesondere Richtern viel zu lückenhaft und gelind.

Digitized by Google

§. 156.

Definition von Strafe und Verbrechen.

Nach den bisherigen Erörterngen ist uun die rein vernunftrechtliche Strafe — abgesehen vom Staate, Staats- und positiven Rechte — etwas Unangenehmes, wodurch der Verletzer eines Rechts wegen seiner Rechtsverletzung unbeschadet seiner körperlichen und geistigen Integrität vom Verletzten zu einem, dessen Recht nicht verletzenden Willen und Handeln gezwungen wird, wenn und insoweit zur Aufhebung des rechtverletzendes Triebes und Willens der privatrechtliche Zwang nicht zureicht. — Ein vernunftrechtliches Verbrechen ist eine jede Rechtsverletzung, wegen deren der Verletzer, unbeschadet seiner körperlichen und geistigen Integrität, durch die Zufügung von etwas Unangenehmen zu einem, das Recht nicht verletzenden Willen und Handeln vom Verletzten gezwungen wird, wenn und insoweit zur Unterdrückung des rechtverletzenden Triebes und Willens der privatliche Zwang nicht zureichend oder anwendbar ist. Eine Rechtsverletzung ist eine Rechts- (§. 49—72.) Handlung, welche dem Rechte eines Andern objectiv und äußerlich widerstreitet. Das Strafrecht im allgemeinen (das absolute) ist das Recht, wegen der Unmöglichkeit des Rechts ohne Strafe zur Aufrechthaltung desselben diese zuzufügen. Das hypothetische Strafrecht ist das Recht des Verletzten, wegen einer erlittenen Rechtsverletzung dem Verletzer Strafe zuzufügen. Fast ganz übereinstimmend sind Abeggs[1]) Definitionen von Strafe, obwohl derselbe von einer ganz andern Strafrechtstheorie ausgeht. Nach ihm ist die Strafe der aus einer Gesetzesübertretung hervorgehende, im Wesen der Gerechtigkeit gegründete Zwang gegen den Urheber zur Unterordnung seines dem Rechte widerstreitenden Willens unter eben dieses Recht oder das für den Uebertreter des Strafgesetzes nothwendig aus der Uebertretung selbst hervorgehende Uebel.[2]) (S. oben §. 35—40. §. 87—103.)

§. 157.

Nothwendigkeit des Staates zur Ausübung des Strafrechts.

Das Zwangs- und Strafrecht ist in einem jeden Hauptrechte selbst enthalten. Der Inhaber des letztern ist daher auch das Subject des erstern, d. h. der Verletzte. Allein die Ausübung des Zwangs- und Strafrechts vom parteiischen, leidenschaftlichen und

1) Lb. der Straf. R. W. §. 114. S. 174. f.
2) l. 131. d. V. S. 50, 16.

Digitized by Google

vorurtheilsvollen Verletzer würde dieselbe, die Wirksamkeit und die Erreichung des Zwecks des Strafrechts höchst zufällig, vom guten Willen des Rechtsverletzers abhängig machen und zu einer beständigen Rechtsunsicherheit und Rechtsgefährdung, ja, zu neuen Rechtsverletzungen, zu Ueberschreitungen des Zwangs- und Strafrechts über seinen Grund, Zweck, Grenze und Umfang führen. [1] Auch die Ausübung des Strafrechts durch einen zu erwählenden Dritten würde sie von der Möglichkeit der Einigung über seine Wahl, von seiner zufälligen Uebermacht über den Rechtsverletzer abhängig u. s. w. machen.

§. 158.

Das Strafrecht im Staate.

Daher fodert die Vernunft — ein psychologisch natürliches Verlangen — und die Rechtspflicht mit unbedingter Nothwendigkeit eine Gesellschaft von Menschen, deren nächster, erster, unmittelbarer und Hauptzweck praktische Handhabung des Rechtsgesetzes (Realisirung der Rechtsidee) oder Sicherung (nicht Sicherheit) und Erhaltung des Rechtszustandes oder des Rechts ist, d. h. den Staat. In diesem muß jeder einzelne Staatsgenosse die Ausübung seines außerbürgerlichen und absoluten Urrechts des Zwanges (nicht aber dieses Recht selbst) an die Staatsgewalt übertragen, [1] (nicht das Recht selbst abtreten oder veräußern), insofern [2] diese dieselbe übernimmt und zu übernehmen im Stande ist. Das Straf- und Zwangsrecht bleibt also auch im Staate ganz dasselbe mit demselben Grunde, Zwecke, Umfange und mit derselben Größe, nur wird dasselbe, anstatt durch den Verletzten selbst, durch die Staatsgewalt ausgeübt.

§. 159.

Zwangsrecht der Staatsgewalt.

Die Sicherung und Erhaltung des Rechts durch Zwang oder die Ausübung des Zwangsrechts ist der erste und unmittelbare — jedoch nicht der einzige mittelbare — Zweck des Staats, folglich auch der Staatsgewalt. Insofern kann die ganze Staatsgewalt Justiz-Gewalt oder Hoheit heißen. In dieser ist natürlich auch das Strafrecht oder die Strafgewalt enthalten, so wie in dem Rechte das Zwangsrecht und in dem Zwangsrechte das Strafrecht.

1) S. hierüber ausführlich Meine Grundw. d. g. t. u. s. Civ.- u. Crim. Proc. 1839. §. 77. 78. S. 111. ff.

1) S. die in Meiner angef. Grundw. §. 79. not. 1. S. 113. angef. Gesetze.
2) S. die in Meiner Grundwiss. §. 79. not. 2. S. 113. angef. Gesetze.

Dieſes Zwangsrecht des Staats umfaßt ſowohl bürgerliche oder Privatſtrafen, (z. B. Zwangsmittel der Hülfsvollſtreckung im bürgerlichen Proceſſe), als andere Strafen im engern Sinne außer jenen, wenn jene nicht ausreichen. Es ſind daher auch die Privatſtrafen inſofern öffentliche, als ſie von der Staatsgewalt verhängt werden, und das Zwangsrecht zu dieſen bürgerlichen oder Privatzwangsmitteln iſt ebenfalls ein öffentliches, als es der Staatsgewalt zukommt. Das Zwangsrecht der Staatsgewalt iſt daher auch theils ein Zwangsrecht der materiellen Herſtellung verletzter Rechte, theils ein Zwangsrecht ohne dieſelbe, ein Strafrecht im engern Sinne (§. 145—148.) und jenes wie dieſes theils ein abſolutes — Strafgewalt — theils ein hypothetiſches (§. 141. Strafvollziehung nach einem Strafurtheile). Das Merkmal der Ausübung oder Vollziehung des Zwanges „durch die Staatsgewalt" iſt demnach kein charakteriſtiſches Unterſcheidungsmerkmal zwiſchen dem bürgerlichen Zwangsrechte der materiellen Herſtellung verletzter Rechte und zwiſchen dem ohne dieſelbe oder dem Strafrechte im engern Sinne. Vielmehr unterſcheidet ſich letzteres von jenem bürgerlichen nur durch das negative „ohne materielle Herſtellung".

§. 160.

Mittelbares Strafrecht der Staatsgewalt.

Aus den bisherigen Erörterungen iſt noch kein Zwangsrecht oder Strafrecht des Staats als ein ihm urſprünglich, von ſelbſt, ohne Uebertragung, a priori, in eignem Namen zukommendes gefunden worden, ſondern nur ein fremdes, der Staatsgewalt von den einzelnen Staatsgenoſſen als Inhabern verletzter Rechte und des Zwangs-, alſo auch Strafrechts zur Ausübung übertragnes, alſo ein mittelbares oder abgeleitetes. Dieſes Strafrecht macht daher die Staatsgewalt nur auf Antrag oder Anzeige der in ihrem Rechte Verletzten im ſog. Anklageproceſſe, nicht von Amtswegen und nicht aus einem öffentlichen oder Staatsintereſſe, und nicht zur Erhaltung der allgemeinen und öffentlichen Rechtsſicherheit und Rechtsordnung geltend, und iſt ein zwiſchen dem bürgerlichen materiellen Zwangsrechte und dem eigentlichen Strafrechte der Staatsgewalt im engſten Sinne mitten inne ſtehendes oder aus dieſen beiden Arten gemiſchtes. Dergleichen Rechtsverletzungen, wegen welcher das bloße bürgerliche Zwangsrecht entweder nicht zur Erreichung des Zwecks des Rechts, des Zwanges und des Zwangsrechts ausreicht oder auch nicht geltend gemacht werden kann, und

Digitized by Google

wegen welcher daher obiges gemischtes Zwangsrecht angewendet wird, können Privatverbrechen heißen (verschieden von den römischen „delictis privatis“ und auch verschieden von den gewöhnlich sog. — den Staatsverbrechen entgegengesetzten „Privatverbrechen.)[1]) Wie viele? und welche Verbrechen solche Privatverbrechen sein sollen, hängt von den Bedürfnissen der Rechtsordnung in einem einzelnen Staate ab. Doch fodert das Vernunftrecht ihre möglichste Einschränkung. Im sächs. C. G. B. sind dergleichen enthalten in Art. 132. 1. 2. a. 139. (vergl. mit 132. 3. 4.) Art. 149. 150. 152. 153. (154.) 194. 195. 198. 206. [(203.) 214. (215.) Art. 237. (238.) 287. 238. (244.) 246. 252. 260. 263. u. 264. 265. 266. 281. 287. 311—325. (326.)

Neunter Abschnitt.

Vom unmittelbaren Strafrechte der Staatsgewalt.

§. 161.

Der Staat

ist die geordnete Gesellschaft sinnlich vernünftiger Wesen auf einem bestimmten Gebiete zur Erhaltung und Sicherung des Rechts (oder des Rechtszustandes) und gemeinschaftlichen Erstrebung aller der Menschheitszwecke, die[1]) ohne Gemeinschaft nicht oder nicht so gut erreicht werden können, (oder kurz: zur theoretischen und praktischen Vervollkommnung aller einzelnen Staatsgenossen (Erstrebung der Wahrheit und absoluten Güte) unter dem Schutze des Rechts.) Der Staat ist daher nicht Selbstzweck, nicht höchster und letzter Endzweck, sondern Mittel zur Erreichung der Bestimmung der Menschen. (§. 35. 101. 134.)[2])

§. 162.

Grund, Zweck, Grenze und Rechte des Staats und der Staatsgewalt.

Der nächste Grund und Zweck des Staats und der Staatsgewalt ist bereits in den §. §. 157. 158. angedeutet. Der höchste

1) so wie von den griechischen „τὰ ἀδικήματα“ — „δημόσια“ — Heffter, Athen. Gerichtsverf. S. 112.

1) Dieser Zusatz ist nöthig zur Vermeidung des Zuvielregierens und der Bevormundung der Individuen und Gemeinden.

2) Vergl. überh. v. Rotteck, Lb. d. Vernunft-R. II. B. Staatsmetaphys. §. 6. 7. S. 61. ff. Welcker, i. a. W. S. 98. ff.

Digitized by Google

und letzte Grund sowohl als Zweck des Staats, nicht minder der Inhalt und Umfang der Staatsgewalt ist der allgemeine und gemeinschaftliche des Rechts (§. 35—40.) des Zwanges (§. 87—90.) des rechtlichen Zwanges, (§. 92—93.), der Strafarten, (§. 104—139., besonders §. 115. S. 101. und §. 137.), des Zwangsrechts, (§. 100. u. 142.), der Strafe, (§. 148.) und des Strafrechts, (§. 147..) Dieß verhindert jedoch nicht, neben diesem Hauptzwecke des Staats noch höchst wichtige Nebenzwecke anzunehmen. Der Staat oder die ihn vertretende (ideale oder reale, natürliche oder künstliche) Staatsgewalt hat als Rechtsperson und von der Vernunft zur Erreichung gewisser Zwecke (§. 158.) mit Nothwendigkeit geforderte Rechtsgesellschaft folgende Rechte: I) auf Dasein (Existenz)[1]), Persönlichkeit und Freiheit (Selbstständigkeit) A. des Staats sowohl als B. der Staatsgewalt, II) auf eine bestimmte Verfassung und III) Verwaltung, IV) Recht auf Sachen, Vermögen, Eigenthum, Handlungsfähigkeit u. s. w., V) auf Erhaltung und Sicherung des Rechts überhaupt, Handhabung des Rechtsgesetzes nach innen und nach außen, VI) auf Realisirung aller der Menschheitszwecke, welche ohne die Staatsgewalt nicht oder nicht so gut erreicht werden können, daher auch auf Realisirung der Sittlichkeit und Religiosität, auf Beförderung der Intelligenz, und endlich VII) auf persönliche und Vermögens-Leistungen der Staatsgenossen. Die unter V—VII. angeführten Rechte umfassen die, wiewohl noch in einem andern Sinne sog. Majestätsrechte, die Justiz- Polizei- Militär- u. s. w. Hoheit, und enthalten alle zugleich Rechtspflichten. (§. 45.)

§. 163.

Das Zwangsrecht des Staats oder der Staatsgewalt.

Mit einem jeden dieser nur im allgemeinen angedeuteten Rechte des Staats oder der Staatsgewalt ist nun auch ein Zwangsrecht derselben verbunden. (§. 98. 141.) Grund, Zweck, Grenze und Umfang hat dieses Zwangsrecht mit einem jeden andern Zwangsrechte gemein. (§. 35—40. 87—88. 92.) Eben so ist dasselbe theils ein bürgerliches Zwangsrecht zur materiellen Herstellung verletzter Rechte, theils ein Strafrecht im eigentlichen Sinne (§. 144.), nur ist das erstere hier selten, z. B. nur bei den unter IV und VII. in §. 162 angegebenen Rechten anwendbar und wirksam.

1) Aus diesem einzigen leitet Martin, Schulze, Wirth das Strafrecht ab.

Digitized by Google

§. 164.

Unmittelbares Strafrecht der Staatsgewalt.

Dieſes, auch das mittelbare (§. 160.) und die ſog. Privatverbrechen (§. 160.) mit umfaſſende, alſo das geſammte Strafrecht (§. 163.) kommt der Staatsgewalt unmittelbar, als eignes und urſprüngliches, in einem jeden Rechte derſelben ſchon a priori enthaltenes, in eignem Namen, zum Schutze eigner Rechte zu, und iſt theils ein abſolutes, theils ein hypothetiſches. (§. 140.). Jenes macht die Strafgewalt, als einen Theil der hauptſächlich in der Juſtizhoheit beſtehenden (§. 159.) Staatsgewalt aus und umfaßt ſowohl die ſtrafgeſetzgebende als ſtrafverwaltende oder ausübende (richterliche.) Auch dieſes Strafrecht iſt ein vernünftiges und natürliches, der Staatsgewalt ſchon nach der Vernunft (§. 149.) zukommendes.

§. 165.

Jedes Verbrechen eine Rechtsverletzung.

Bedingung, Grund, Zweck, Grenze und Umfang hat auch dieſes Strafrecht mit dem Strafrechte der einzelnen Privaten (§. 147. f. 162.) gemein. Der thatſächliche, nächſte und unmittelbare Grund auch dieſes hypothetiſchen — unmittelbaren Strafrechts der Staatsgewalt iſt ſtets und urſprünglich die Verletzung eines Rechts derſelben, als Bedingung. Dieſe kann auch ein natürliches Verbrechen[1]) — d. h. eine ſchon nach der Vernunft mit Strafe nothwendig zu belegende Rechtsverletzung heißen. (§. 150. a. E.) Ein jedes Verbrechen muß eine Rechtsverletzung oder die Verletzung einer Rechts- oder Zwangspflicht ſein.[2]) Denn nur aus dieſer entſteht ein Zwangs- und Strafrecht und nur in einem Rechte iſt auch das Zwangs- und Strafrecht enthalten. (§. 87—92. 141.) Aus einem Nichtrechte kann kein Recht, alſo auch kein Zwangs- und Straf-Recht und aus der Verletzung von etwas Anderem als einem Rechte, d. h. aus der Verletzung eines Nicht-Rechts kann kein concretes Strafrecht entſtehen. Es gehört alſo zum Begriffe eines Verbrechens auch im poſitiven Strafrechte ſtets weſentlich die Verletzung eines Rechts entweder der Staatsgewalt (§. 162., vorz. V. u. VI., unmittelbares Strafrecht) oder eines Staatsgenoſſen — (mittelbares Strafrecht §. 160.) Ohne Rechtsverletzung kein Verbrechen[2]) und kein Recht, zu

1) S. Birnbaum, Arch. d. C. R. Neue Folge, 1836. nr. 21. S. 560. ff. u. d. dort angef. — Roßhirt, N. Arch., IX. S. 491. XII. 53. iſt dagegen.

2) Hiergegen iſt mit Unrecht Mittermaier zu Feuerbachs Lb., 13. Aufl. §. 21. not. S. 46. u. die vielen dort angeführten, vorz. Birnbaum.

Digitized by Google

ſtrafen, ſondern nur ein thatſächlich, poſitiv und willkührlich angemaaßter Zuſtand des Strafens. Der von vielen Criminaliſten, beſonders Birnbaum, für „Rechtsverletzung" vorgeſchlagene Ausdruck: „Verletzung eines Guts" iſt viel zu relativ und ſubjectiv, daher unbeſtimmt und vieldeutig. Denn als „ein Gut" läßt ſich relativ und ſubjectiv Alles denken. Der Ausdruck: „Recht" aber iſt einer, ein einziger, objectiv beſtimmter Begriff.

§. 166.

Einzelne Beiſpiele.

Auch die Verletzungen der Ehrerbietung oder Verbrechen gegen die Religion und gegen die Sittlichkeit enthalten Rechtsverletzungen,[1]) nämlich Verletzungen des Rechts der Staatsgewalt auf Beförderung der Religioſität und Sittlichkeit, (§. 162. VI.); die Selbſthülfe eine Verletzung des Rechts der Staatsgewalt auf Ausübung allen und jeden Zwangsrechts. (§. 158.) Die Verbrechen wider das Leben, die Geſundheit, die Ehre und Freiheit wie gegen das Vermögen einzelner Staatsgenoſſen ſind zugleich Verletzungen des Rechts der Staatsgewalt auf Sicherung des Rechts, Erhaltung des Rechtszuſtandes, Handhabung des Rechtsgeſetzes. (§. 162. V.) Alle Verletzungen der Privatrechte der einzelnen privaten Staatsbürger — durch welche dieſe ein Zwangs- und Strafrecht erhalten — ſind ſtets zugleich auch Verletzungen des Rechts der Staatsgewalt auf Sicherung und Erhaltung des Rechts im Staate, z. B. Diebſtahl, Betrug, Injurien, Ehebruch u. ſ. w. Die Staatsgewalt hat daher auch in dieſen Fällen, bei den ſog. Privatverbrechen (§. 160.) nicht nur ein mittelbares, ihr übertragenes, ſondern auch ein unmittelbares eignes[2]) Zwangs- und Strafrecht. Allein wo der Grund und Zweck dieſes letztern wegfällt, übt der Staat nur jenes, das Strafrecht nur als mittelbares, auf Antrag des verletzten Privaten aus. (§. 160.)

§. 167.

Nach dem S. C. G. B.

Das ſächſ. C. G. B. betrachtet mindeſtens ohne allen Zweifel das Verbrechen als eine Verletzung eines Rechts oder einer Rechtspflicht (in Art. 22. 27. 31. 32. 87. 88. 311. 322. 153. 154. 214.) entweder gegen die Staatsgewalt allein oder gegen ſie und zugleich gegen Staatsbürger. Nicht aber iſt eine jede Rechts-

1) Nicht aber iſt oder hat die Sittlichkeit ſelbſt ein Recht, wie Abegg, Lb. §. 8. S. 11. meint! S. oben §. 48. S. 34.
2) Martin, Lb. §. 11. not. 11. S. 25.

Digitized by Google

verletzung ein (natürliches) Verbrechen, d. h. mit Strafe zu belegen, sondern oft genügt das bürgerliche, das Zwangsrecht der materiellen Herstellung des verletzten Rechts zur Erreichung des Zwecks des Rechts, des Zwanges und des Zwangsrechts. (§. 154.)

§. 168.

Alle Verbrechen sind öffentliche oder Staatsverbrechen.

Hiernach (§. 167.) sind alle Verbrechen Staats- oder öffentliche Verbrechen und insofern die Eintheilung in Staats- und Privatverbrechen falsch,[1]) und nur in dem Sinne des §. 160. a. E. aufrecht zu erhalten. Hiergegen ist auch nicht, daß einige Verletzungen von Rechtspflichten gegen den Staat und Private nur auf der letztern Antrag bestraft werden sollen und letztere mit verletzt sind. Allein unterschieden werden können die Verbrechen, durch welche nur Rechte der Staatsgewalt allein (§. 160. I. II. III. V. VI. VII. C. G. B. Art. 81—117. 183—193. 204—110. 268—272. 302—310. 311—322.) und solche, durch welche zugleich Rechte der privaten Staatsgenossen und der Staatsgewalt (§. 160. VI. C. G. B. Art. 118—182. 194—203. 211—267. 275—301. 322—325.) verletzt werden, letztere wieder in solche, bei denen die Staatsgewalt von Amtswegen unmittelbar und in solche, bei denen sie nur auf Antrag der verletzten Privaten, mittelbar, §. 160., ihr Strafrecht ausübt. — Deßhalb, weil alle Verletzungen der Rechte privater Staatsbürger auch eine Verletzung des Rechts der Staatsgewalt enthalten, straft diese in der Regel in eignem Namen, Rechte, Interesse und auf eignen Antrieb, ohne Antrag der unmittelbar verletzten Privaten, gegen deren Willen und selbst dann, wenn diese die ihnen widerfahrne Rechtsverletzung nicht empfinden[2]) u. s. w. Alle, welche sagen und zugestehen, das Strafrecht sei ein Theil des öffentlichen, müssen auch zugestehen, daß alle Verbrechen öffentliche sind. (§. 379.)

§. 169.

Nothwendigkeit besondrer Strafrichter im Staate.

Im Staate ist also alles Strafrecht ein der Staatsgewalt unmittelbar, ohne Uebertragung zukommendes. Dieselbe kann es daher auch selbst und ohne besondre Richter ausüben. Allein da der große Umfang der Rechte und Pflichten der Staatsgewalt die selbst-

1) Mittermaier, zu Feuerbach, §. 23. not. S. 49. und die dort angef.
2) l. 1. §. 6. l. 3. §. 1. 2. d. iniur. 47, 10. l. 2. §. 1. expil. her. 47, 19. P. G. B. Art. 133.

Digitized by Google

eigne Ausübung und Erfüllung derselben, also auch des Strafrechts und der Strafpflicht wenn nicht unmöglich, doch sehr schwierig macht, da ferner alle Verbrechen Staatsverbrechen oder gegen die Staatsgewalt gerichtet, diese also selbst stets die Verletzte ist und daher leicht parteiisch und Richterin in eigner Sache sein würde, da ferner die Erwerbung der Fähigkeiten und Kenntnisse zur Ausübung des Strafrechts sowohl im allgemeinen als die Beurtheilung der einzelnen Strafrechtsfälle nach ihren individuellen Eigenthümlichkeiten, Verhältnissen und Verschiedenheiten schon allein die ausschließliche Thätigkeit und das ausschließliche und lebenslängliche Studium eines Menschen erfodern, so läßt die Staatsgewalt ihr Strafrecht, wie ein jedes andere Zwangsrecht, durch eigens dazu bestellte, öffentlich autorisirte Richter in ihrem Namen ausüben. (§. 170. not. 1.)

§. 170.

Nothwendigkeit positiver Strafgesetze. [1])

Allein eben deßhalb vorzüglich, weil die (ideale und natürliche, die allgemeine Gesammtvernunft und den Gesammtwillen aller Staatsgenossen vertretende) Staatsgewalt das Strafrecht nicht selbst ausübt und ausüben kann, sondern es durch die Sonder-Vernunft und den Sonder-Willen einzelner, dem Irrthume und der Sinnlichkeit, folglich auch der Ungerechtigkeit leicht ausgesetzter Richter ausüben läßt, sind positive Strafgesetze als Producte und Mittel der Erkennbarkeit der Gesammtvernunft und des Gesammtwillens der Staatsgewalt sowohl für als gegen die einzelnen Strafrichter und Staatsbürger nöthig, Gesetze, welche durch möglichste Bestimmtheit und Vollständigkeit die Sonder-Vernunft und den Sonder-Willen, mithin auch die Willkühr, den Irrthum und die Ungerechtigkeit der Sonderrichter möglichst [2]) ausschließen und den Staatsbürgern wie den Strafrichtern alle einzelnen Handlungen genau als solche darstellen, welche die Staatsgewalt für strafbare ansieht und angesehen haben will, so, daß ein jedes einzelne Erkenntniß der Strafrichter als Ausspruch der Staatsgewalt selbst in der That und Wahrheit gelten kann. Auch dieses concrete und hypothetische, durch besondere Richter ausgeübte Strafrecht muß in jedem einzelnen Straffalle erweisbar und erwiesener

1) S. Meine Grundw. d. g. t. u. f. Civ. u. Crim. Proc. I. 1839. §. 80. 81. S. 114. f.

2) Relativ unbestimmte Strafgesetze sind nicht an und für sich gut und wohlthätig, sondern nur ein nothwendiges Uebel u. möglichst zu vermeiden. §. 181., not. 1.

Digitized by Google

Maaßen durch den Grund des Rechts, des Zwanges, so wie des Zwangs- und Strafrechts (§. 35. 40. 87—101) gerechtfertigt und geboten, den Zweck des Rechts, des Zwanges, des Zwangs- und Strafrechts erreichen und durch und mit dessen Grenze, Inhalte, Umfange und Größe möglichst genau übereinstimmen. Daß dieß in einem jeden einzelnen Straffalle auch That und Wahrheit sei, daß bei der unermeßlichen Verschiedenheit des bösen Willens der Verbrecher in Bezug auf dasselbe Verbrechen und bei der unendlichen Anzahl und Reihe der Potenzen und Grade des bösen Willens in Bezug auf ein und dasselbe Verbrechen kein einzelner Straffall unter das oder ein Strafgesetz falle, wo jene Bedingungen und Erfodernisse des Strafrechts nicht eintreten, dieß im voraus und in allgemeinen durch Gesetze zu bestimmen, dieß macht die Strafgesetzgebung zu der schwierigsten und verantwortlichsten Aufgabe der Menschheit, welche die schauderhafte Möglichkeit enthält, daß bei der Bestrafung eines jeden einzelnen Verbrechens vom Gesetzgeber und Richter wieder ein Unrecht begangen werde, wenn nicht nach positivem, doch nach dem Vernunft-Rechte.

§. 171.

Umfang des Strafrechts im Staate.

Aus §. 170. ergeben sich in Bezug auf den Umfang des Strafrechts im Staate (§. 151—154.) folgende Beschränkungen: 1) Keine Handlung, keine Rechtsverletzung ist ein Verbrechen, welche nicht nach dem wirklichen — also blos nach dem möglichen oder nothwendigen — Willen der (gesetzgebenden) Staatsgewalt durch ein — einem jeden Staatsbürger erkennbares, vorhergegangenes Gesetz dafür, für ein Verbrechen erklärt, (nicht erst dazu gemacht,[1]) worden ist — kein Verbrechen ohne Strafgesetz, nullum crimen sine lege; und 2) keine Strafe, ihrem Inhalte und Umfange nach, ohne Strafgesetz, nulla poena sine lege; — daher überhaupt auch keine Rechts- und Gesetzes-Analogie. Nach dem ersten Grundsatze sind daher h. T. alle Verbrechen „delicta, quae ex scriptura legis descendunt“ und keine, quae „ad exemplum legis vindicanda sunt“.[2])

1) Denn das positive Recht soll nur das vernünftige bestätigen und aussprechen, die natürlichen Rechtsverletzungen als Verbrechen und strafbar erklären. l. 14. §. 14. d. relig. 11, 7. l. 131. §. 1. d. V. S. 50, 16. P. G. O. Art. 104. Preuß. Land. R. II, 20. §. 9. Oesterr. G. B. Einl. §. VI. V. Code d'instr. crim. Art. 364. Code pénal. Art. 4.

2) l. 7. §. 3. ad l. Jul. maj. 48, 4.

§. 172.

Erklärung von Gesetzes- und Rechtsanalogie.

Gesetzes-Analogie[1]) ist die Uebereinstimmung oder Gleichheit des Verhältnisses zwischem einem nach dem wirklichen Willen der gesetzgebenden Gewalt durch ein einzelnes Gesetz oder eine einzelne gesetzliche Bestimmung entschiedenen Falle oder einer Art von Fällen und einem andern einzelnen, nach dem nicht wirklichen, sondern nur möglichen oder nothwendigen Willen des Gesetzgebers, durch das Gesetz in Wirklichkeit nicht, sondern nur möglicher oder nothwendiger Weise mit, getroffenen Falle, (den aber die gesetzgebende Gewalt nach der Meinung des Richters hätte mit treffen wollen können (Möglichkeit) oder sollen (Nothwendigkeit des Willens der gesetzgebenden Gewalt,) den sie aber treffen nicht wirklich gewollt, weder gewollt noch nicht gewollt hat). Rechts-Analogie ist die Uebereinstimmung oder Gleichheit des Verhältnisses zwischen einem nach dem wirklichen Willen der gesetzgebenden Gewalt durch ein ganzes Gesetzbuch oder das Ganze des Rechts oder die ganze Gesetzgebung entschiedenen Geschlechte, Genus von Fällen und einem einzelnen nach dem nicht wirklichen, sondern nur möglichen oder nothwendigen Willen der gesetzgebenden Gewalt durch ihre Gesetzgebung in Wirklichkeit nicht, sondern nur möglicher oder nothwendiger Weise mit, entschiedenen Falle, (den der Gesetzgeber mit hätte treffen wollen können oder sollen, den aber treffen er weder gewollt noch nicht gewollt hat).

§. 173.

Gesetzes- und Rechtsanalogie nach gemeinem Strafrechte und neuen Strafgesetzb.

Jene, die Gesetzesanalogie, ist bei Gleichheit (nicht aber bloßer Aehnlichkeit, wie fast alle Rechtslehrer sich ausdrücken) des Grundes nach gemeinem Rechte[1]) stattstaft, nach den meisten neuern[2]) Strafgesetzbüchern, auch nach dem Sächs. (§. 178.) und besonders nach dem Würtembergschen Art. 1. und Preuß. Land. R. II. 20. §. 9. Einl. §. 49., wie die Rechtsanalogie stets und über-

1) Die gewöhnlichen Definitionen sind nicht in genauen, bestimmten Kunstausdrücken, sondern in relativen, ausgedrückt.

1) l. 12. 10. 32. 27. 13. 3—6. d. legg. 1, 3. l. 7. §. 3. [ad l. Jul. maj. 48, 4. l. 7. pr. d. iurisd. 2, 1. l. 2. §. 23. 29. ad Sc. Tertull. 38, 17. l. 1. §. 13. ad Sc. Turp. 48, 16. l. 64. §. 1. d. R. N. 23, 2. l. 8. d. sep. 47, 12. l. 9. a. E. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 3. ad l. Pomp. 48, 9. P. G. O. Art. 104.

2) Preuß. Land. R. II. 20. Art. 9. Code pénal, Art. 4. Baiersch. Ges.b. Art. 1. Hannov. Art. 1. Oesterr. Ges.b. Einl. Satz VI. ff. I. §. 212.

Digitized by Google

all,[3]) unstatthaft. Merkwürdig klingt es, wenn von beschränkender Gesetzesanalogie gesprochen wird, z. B. von Wächter, und auf dem sächs. Landtage von 1836/37. zu Art. 1. des C. G. B. Da nämlich die Strafe und Strafrecht Ausnahmen, Strafbarkeit streng aus und nach dem wirklichen Willen des Gesetzgebers positiv zu erweisen ist, da ohne den wirklichen Willen der gesetzgebenden Gewalt nichts strafbar ist, (nullum crimen, nulla poena sine lege), so versteht es sich von selbst, daß, wo aus andern Gesetzen nachgewiesen wird, daß der Gesetzgeber nicht habe strafen wollen oder wo der Wille, zu strafen, nicht als wirklicher positiv nachgewiesen ist, keine Strafe eintritt.

§. 174.

Besonders keine Strafe und kein Verbrechen ohne einem Jeden erkennbares Strafgesetz.

Diese (§. 171.) Grundsätze sind unabweisliche nothwendige Foderungen und Postulate der Vernunft an das Strafrecht der Staatsgewalt im Staate, durch einzelne Richter ausgeübt. Sie sind Grundsätze des vernünftigen allgemeinen Staats- und Unterthanenrechts, ohne positives Gesetz. Sie sind der einzige Schutz gegen die so gefährliche, dem Begriffe von Recht direct widersprechende und empörende Willkühr (§. 181. not. 1.), gegen das Ermessen, die Irrthümer, Leidenschaften und Böswilligkeit (der Staatsgewalt und) insbesondere der Einzelrichter, (auch wenn sie ein Collegium bilden), folglich auch gegen Ungerechtigkeit gegen den einzelnen Verbrecher im einzelnen Falle, ja, gegen den schuldlosen Staatsbürger, mithin der einzige Schutz gegen Rechtlosigkeit. Jene Grundsätze sind das Minimum bürgerlicher, politischer und constitutioneller Freiheit in einem Rechts-, Vernunft- und constitutionellen Staate.[1]) Ohne jene Grundsätze weiß der Staatsbürger nicht einmal, was nach dem Willen der Staatsgewalt Unrecht und Recht ist; er wird bestraft ohne Gesetz, ohne wissentliche Verletzung, Uebertretung eines Gesetzes, ja, sogar ohne Verletzung eines positiven Rechts, ohne gewollt, ohne gewußt, ohne gefühlt, ohne

2) Dagegen, l. 14. §. 14. d. relig. 11, 7. l. 131. §. 1. d. V. S. 50, 16. can. 3. Caus. XXXII. qu. 4. l. 95. §. 1. d. solut. 46, 3. c. 14. d. poen. 9, 47. P. G. O. Art. 104. Dafür l. 9. d. extraord. cogn. 47, 11. l. 1. §. 1. si is, qui test. lib. 47, 4. Paul. rec. sent. V. 23. §. 12. P. G. O. Art. 105.

1) Mittheil. vom Landt. 1836/37. I. S. 263., Sp. 2. — Dagegen! ebd. S. 265. Sp. 1.

Digitized by Google

geahnt zu haben, ja, ohne wollen, wissen, fühlen und ahnen zu können, daß er Unrecht begehe; er wird bestraft wegen Uebertretung der augenblicklichen, nicht bekannt gemachten, erst nach der Handlung eintretenden, also rückwirkenden (§. 181. not. 1.) Willkühr oder Laune des Richters, wegen einer Handlung, die ein Gericht einseitig und subjectiv nach derselben für unrecht hält und erklärt, oder auch nur für gefährlich u. s. w. Ohne die Gültigkeit jener Grundsätze endlich wird die richterliche mit der gesetzgebenden Gewalt vermischt und der Richter mit Gesetzgeber!

§. 175.

Bekanntmachung der Strafgesetze und Unzulässigkeit der Analogie.

Deßhalb ist gehörige Bekanntmachung der Gesetze[1]) und Unzulässigkeit aller und jeder Analogie, der des Gesetzes wie des Rechts, eine wesentliche Bedingung der Strafe und des Strafrechts der Staatsgewalt und der Richter im Staate. Schon nach der Vernunft. Aber auch nach allen positiven Gesetzen ist deren vorgängige Bekanntmachung wesentlich, Grund und Bedingung des positiven Strafrechts, nicht blos, wie Abegg meint,[2]) ein naturale. Eben so wesentlich wie die Bekanntmachung der Gesetze ist aber auch im Strafrechte die Unzulässigkeit aller und jeder Analogie. Denn wenn und weil Bekanntmachung der Strafgesetze nöthig ist, ja, sogar wenn und weil überhaupt positive Strafgesetze, positives Recht nöthig sind,[3]) so (§. 170.) ist auch aus ganz denselben Gründen jede Gesetzes- und Rechts-Analogie unzulässig. Denn diese ist ein nicht bekanntgemachtes Strafgesetz, ja, dieß nicht einmal. Ein Gesetz ist nämlich der (wirkliche) Wille der gesetzgebenden Gewalt, (um nur das Minimum eines Gesetzes anzugeben, wiewohl jene Erklärung noch lange nicht hinreichend ist). Die Analogie aber, die Gesetzes- wie die Rechtsanalogie, ist der nicht wirkliche, sondern nur mögliche oder nothwendig gewesene, aber nicht wirkliche, daher blos fingirte, präsumirte Wille der gesetzgebenden Gewalt, nämlich die Anwendung eines Gesetzes oder des Rechts in Fällen und auf Fälle, deren Bestrafung der Gesetzgeber erweislich nicht gewollt, und an die er erweislich nicht gedacht hat, deren Bestrafung er aber consequent gewollt haben würde, wenn er an sie gedacht hätte, deren Bestrafung also weder

1) Stillschweigende Strafgesetze giebt es nicht! l. 14. §. 14. d. relig. 11, 7. l. 3. §. 4. d. sepulcro. 47, 12.
2) Lb. d. Straf. R. W. 1836. §. 56. S. 82.
3) Mittermaier, zu Feuerbach, 13. Aufl. 1840. §. 73. not. 1. S. 126.

Digitized by Google

wider den Willen des Gesetzgebers oder das Gesetz, noch mit oder nach demselben, sondern ohne jenen und dieses geschieht, weil die ganz gleichen Gründe und Grundsätze eines einzelnen Gesetzes (Gesetzesanalogie) oder des ganzen positiven Rechts (Rechtsanalogie) auf den fraglichen übergangenen Fall passen. Die analoge Anwendung von Strafgesetzen ist also eine Bestrafung ohne positives Gesetz!

§. 176.

Vernunftrechtliche Unzulässigkeit der Analogie.

b. Gesetz ist aber noch weit mehr als der bloße Wille des Gesetzgebers. Gesetz ist der erklärte, ausgedrückte Wille des Gesetzgebers. Denn der bloße, innere, äußerlich nicht erkennbare, der nicht bekannt gemachte Wille eines Andern verbindet nicht und kann nicht verpflichten, weil er unbekannt, weder geahnet noch gefühlt werden kann, sowohl bei der Gesetzgebung als bei Rechtsgeschäften. Um so unzulässiger ist auch aus diesem Grunde die (Gesetzes- und Rechts-) Analogie, besonders im Strafrechte. Denn selbst wenn sie ja im Willen des Gesetzgebers enthalten gewesen wäre, so ist dieser wenigstens nicht erklärt, nicht ausgedrückt, nicht äußerlich erkennbar gemacht. Wäre er dieß, so bedürfte es keiner Analogie, sondern nur der Auslegung des Gesetzes nach dem wahren, wirklichen Willen des Gesetzgebers. Und ist denn das Unglück so groß, wenn die (Rechts- und Gesetzes-) Analagie bei Strafgesetzen ausgeschlossen wird? Ist der Staatsbürger, der wegen einer im Strafgesetze nicht vorgesehenen Handlung bestraft werden soll, daran Schuld, daß sie im Strafgesetze nicht enthalten ist und daß er daher nicht wußte und nicht wissen konnte, daß er ein Verbrechen begehe, oder ist nicht der Gesetzgeber daran Schuld, daß er seinen Willen, die fragliche Handlung zu bestrafen, nicht erklärte oder nicht deutlicher erklärte? Soll diese Schuld des Gesetzgebers der Staatsbürger büßen? Das ohne positives Gesetz, blos nach menschlichen „Gefühlen“[1]) Strafbare(?) kann man füglich ungestraft lassen, ohne die Rechtsordnung zu gefährden! Sonst hätte der Gesetzgeber gewiß! an dasselbe gedacht, wenn es die Rechts(?)-ordnung gefährdete!!!

§. 177.

Einwand gegen die Unzulässigkeit der Analogie.

Hiergegen darf man nicht einwenden, eines jeden Staatsbürgers Vernunft und Gewissen sage ihm schon, was Recht und Unrecht

1) Angef. Mittheil. v. Landt. 1836|37. S. 265. Sp. 1.

Digitized by Google

sei. Allein dieser Einwand beweist zu viel, also nichts. Er beweist nämlich die Entbehrlichkeit, Ueberflüssigkeit und Unnöthigkeit eines jeden positiven Rechts und Gesetzes, sowohl im Privat- als Strafrechte, wenigstens in allen den Fällen, in welchen die Vernunft und das Gewissen einem jeden angeblich sagt, was Recht und Unrecht sei. Dennoch aber hält man einstimmig und allgemein, in einem jeden Staate, bei allen Völkern und halten alle Gesetzgeber, Philosophen und Rechtsgelehrte, ohne Ausnahme, positives Recht und positive Gesetze für absolut nothwendig und wesentlich. Sie dann aber sagt wenigstens Vernunft und Gewissen nicht, was ein Verbrechen sei, was die concrete Staatsgewalt, der einzelne Richter für strafbar und Unrecht halte und erklären werde. Auch würde bei der analogen Anwendung von Strafgesetzen nicht eine Gesetzwidrigkeit, sondern nur eine Vernunftwidrigkeit, ferner nicht die Verletzung eines positiven — d. h. von und nach dem Willen des Gesetzgebers dafür erklärten — sondern nur die Verletzung eines Vernunftrechts überhaupt, aber nicht ein Verbrechen[1]) vorhanden sein und bestraft!! Endlich ist aber auch die Prämisse obigen Einwandes und dieser selbst, d. h. es ist gar nicht wahr,[1]) daß Vernunft und Gewissen einem Jeden sage, was Recht und Unrecht sei. In den wenigsten Fällen stimmt die Vernunft und das Gewissen eines jeden einzelnen und aller Menschen oder Staatsbürger überein. In den meisten Fällen nicht. In den meisten Fällen ist das Vernunft-Recht ein rein subjectives, einseitiges! Giebt es doch sogar Menschen, die aus Ueberzeugung Gemeinschaft des Vermögens, daher auch sogar den Diebstahl — ja, auch den Königsmord für vernunftrechtlich, ja, sogar für moralisch erlaubt halten!!

§. 178.

Unzulässigkeit der Analogie von Strafgesetzen nach dem S. C. G. B.

Hiergegen, d. h. für die Zulässigkeit der Analogie von Strafgesetzen ist auch nicht Art. 1. des sächs. C. G. B. Dieser lautet: „Das gegenwärtige Gesetzbuch findet Anwendung auf solche Handlungen oder Unterlassungen, welche in den Bestimmungen desselben den Worten oder dem Sinne nach mit Strafe bedroht sind" Alle diese Worte: „das Gesetzbuch findet Anwendung" — „in den Bestimmungen desselben" — „den Worten oder dem Sinne nach" — „mit Strafe bedroht

1) Dagegen angef. Mitth. v. Landt. S. 263, Sp. 2.

Digitized by Google

sind", sind bestimmt gegen jede Analogie und nur für die Anwendung des Gesetzbuchs nach dem erweislichen Willen des Gesetzgebers, also nach der Auslegung, Interpretation des Gesetzbuchs in seinem wahren, einzigen Sinne, oder nach der logischen.[1]) Diese allein ist in dem Art. 1. des C. G. B. gemeint, nicht die Analogie. Hiermit stimmt auch die Erklärung der Regierung bei der Berathung des Art. in der I. Kammer überein.[2]) „Durch die logische Erklärung soll der Sinn ermittelt werden, den der Gesetzgeber aussprechen wollen, die Absicht, die er bei der Strafbestimmung gehabt hat." — „Der Richter wird ausdrücklich darauf hingewiesen.., zu bemessen ..., ob der Gesetzgeber jene Handlung habe treffen oder ausschließen wollen. Es ist daher nicht die Absicht, daß der Richter das Gesetzbuch auf Fälle anwende, die der Gesetzgeber sich nicht gedacht hat, sondern daß Handlungen nicht ungestraft bleiben, die der Gesetzgeber, d. h. die Ständeversammlung und Regierung haben bestraft wissen wollen, die man aber bei einer Undeutlichkeit oder Vielsinnigkeit der Worte nach einer blos grammatischen Auslegung nicht darin finden würde".... Nach dieser ausführlichen Erklärung der Regierung über den Sinn des Art. 1. und nach ihren ausdrücklichen Worten ist nur die logische (wenn auch ausdehnende) Auslegung des Gesetzbuchs in Art. 1. für zulässig erklärt. Dieß gehet auch aus der anderweiten Erklärung der Regierung[2]) hervor: „Die dem Grundsatze: „keine Strafe ohne positive gesetzliche Anordnung" entgegengesetzte Ansicht kann „in constitutionellen" Staaten, in denen die Vertreter des Volkes die gesetzgebende Gewalt mit der Regierung theilen, nicht mehr durchgeführt werden und ist daher auch in den neuern Gesetzbüchern verlassen worden." Ja, dieß gehet auch daraus hervor, das die Regierung überhaupt die Bekanntmachung des Strafgesetzbuchs —, ja überhaupt ein Strafgesetzbuch für nöthig hielt. (§. 175—177.) Im Widerspruche hiermit hat zwar die Regierung auch erklärt, sie habe im Art. 1. auch die „Gesetzesanalogie" für zulässig erklären wollen. Allein 1) obige ausführliche Darlegung, Beschreibung und Umschreibung der Absicht und Ansicht der Regierung in Bezug auf den Sinn des Art. 1. paßt nicht auf die Analogie und Gesetzesanalogie[3]) (§. 172.),

1) Mitth. über d. Verh. d. Landt. 1836|37. I. S. 267. 1. u. 2. Spalte.
2) Angef. Mitth. v. Landt. 1836|37. S. 263. Sp. 2. unten.
3) S. über die Bedeutung v. Analogie Schilling, Lb. f. Instit. u. Gesch. d Röm. Priv. R. II. B. 1837. §. 21. not. a. c. S. 78. Mittermaier zu Feuerbach §. 75. a. not. f—g. S. 128. u. d. not. c. angef. §. 2. not. II. nr. 2. S. 3.

Digitized by Google

und ſchließt letztere aus, iſt daher der letztern, auch die „Geſetzesanalogie" für zuläſſig nach Art. 1. betrachtenden Erklärung vorzuziehen. Dieß vorzüglich auch noch deßhalb, weil dieſe letztere nicht ausführlich, die Abſicht und Anſicht der Regierung nicht umſchreibt, ſondern nur mit einem wiſſenſchaftlichen, noch ſtreitigen, vieldeutigen Kunſtausdrucke „Geſetzesanalogie" erklärt. Deßhalb iſt anzunehmen, daß die Regierung dieſen „Kunſtausdruck" nicht in dem gewöhnlichen Sinne und nach der gewöhnlichen Erklärung, (not. 3. u. §. 172.), ſondern in dem von ihr ſelbſt ausdrücklich erklärten Sinne verſtanden habe, in welchem „Geſetzesanalogie" ſo viel iſt als logiſche (ausdehnende) Erklärung, (Interpretation, Auslegung). 2) Die Deputation der erſten Kammer hat in ihrem von dieſer angenommenen Berichte (S. 36.) ausdrücklich eine andere Faſſung für die des Entwurfs vorgeſchlagen, „weil durch letztere der Richter nicht blos auf die logiſche Interpretation (Erforſchung des Sinnes des Geſetzgebers), ſondern auch auf die Analogie andrer Fälle verwieſen werde."[4]) 3) Die Deputation der zweiten Kammer fand in ihrem von dieſer angenommenen Berichte (S. 35.) ſowohl die extenſive Interpretation, als die Rechtsanalogie bedenklich.[5]) 4) In der ſtändiſchen,[6]) alſo neueſten und wichtigſten[7]) Schrift v. 2. Decbr. 1837. erklärten beide Kammern: „ſie hätten die Mißdeutung verhüten wollen, als ob der Richter auch für Fälle, an die der Geſetzgeber gar nicht gedacht habe, nach Analogie der Beſtimmungen des C. G. B. auf Strafen erkennen könne." Und auf dieſe ſtändiſche Schrift, welche in einer jeden Kammer vorgeleſen, und auf deren Genehmigung in jeder Kammer ausdrücklich eine Frage geſtellt und ein Beſchluß gefaßt wird,[8]) ſogar in Gegenwart der Regierungskommiſſarien, alſo in Gemäßheit dieſer ſtändiſchen Schrift hat die Regierung ihre Uebereinſtimmung mit den Kammern durch Decret v. 17. Novbr. 1837.[9]) erklärt und den Art. 1. des C. G. B. publicirt. Hiernach iſt ſowohl nach grammatiſcher als logiſcher Erklärung des Art. 1. die Geſetzes- und Rechtsanalogie im gewöhnlichen Sinne bei der Erklärung des

4) L. A. A. Beil. z. II. Abth. 1. Samml. S. 36. Mitth. S. 257. 270.
5) L. A. Beil. z. III. Abth. 1. Samml. S. 35. Mitth. S. 1785. ff.
6) L. A. Abth. I. Bd. III. S. 528. ff.
7) Verf. Urk. v. 4. Septbr. 1831. §. 132. Wächter, Abh. aus dem Straf. R. 1835. S. 246. nr. 2. Schletter, De subsidiis interpretationis legg. Lips. 1839. §. 2. nr. 1. 2. 4. Landt. O. v. 27. Jan. 1833. §. 100. 130.
8) Dieß hat Krug, Studien, II. S. 20. ganz überſehen.
9) L. A. Abth. I. Bd. III. S. 125. ff.

Digitized by Google

C. G. B. nach der (übereinstimmenden) Ansicht der Regierung und der beiden Kammern unzulässig. Sollte jedoch die Regierung unter „Gesetzesanalogie" die gewöhnliche, also nicht blos die logische ausdehnende Erklärung des Sinnes des Gesetzes, nach dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers, über die Worte des C. G. B. hinaus, und nicht blos auf alle in jenem, wenn auch nicht in diesen enthaltenen Fälle, sondern auch die Ausdehnung des C. G. B. auf, in dem Willen, in der Absicht und in der Vorstellung und Erkenntniß des Gesetzgebers, also auch in dem Sinne des C. G. B. nicht enthaltene, sondern nur gleiche Fälle aus gleichen Gründen der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen verstanden und diese letztere für zulässig haben erklären wollen, so ist diese einseitige Ansicht der Regierung im ausdrücklichen Widerspruche mit der Ansicht und dem Willen der beiden Kammern, und hat daher nicht Gesetzeskraft. Mithin ist die Gesetzesanalogie bei der Anwendung des C. G. B. zur Zeit nicht durch Gesetz in Sachsen für zulässig erklärt, sondern unzulässig.[10]) Wenn daher Groß[11]) sagt, es sei „in beiden Kammern der Ständeversammlung ausdrücklich erklärt worden, daß durch die nunmehrige Fassung die Gesetzesanalogie nicht ausgeschlossen werden solle," so ist dieß nur auf eine dießfallsige Erklärung der Regierung, nicht der Kammern, zu beziehen, eine Erklärung, über welche die Kammern weder abgestimmt, noch abzustimmen, noch zu widersprechen die Möglichkeit, Gelegenheit und Veranlassung gehabt und der sie daher weder zugestimmt noch widersprochen haben. Weder Groß noch Günther[12]) erklären deutlich,[13]) ob sie nun h. T. die Gesetzesanalogie des C. G. B. wirklich für gesetzlich und gültig halten. Nur Krug unterscheidet genauer[14]) und zwar in ziemlicher Uebereinstimmung mit der hier versuchten Erklärung des Art. 1. Nach dem S. C. G. B. ist übrigens die ganze Frage über Analogie ziemlich müssig. Denn der Umfang der Worte und einzelnen Art. ist — besonders wegen der häufigen Worte: „oder sonst" „oder auf andre Weise" u. s. w. eher zu weit, als zu eng. Ganz gleichlautend mit dem sächs. Art. 1. ist der Art. 1. des Würt-

10) Wächter, Lb. d. Röm. Teutsch. Straf. R. I. §. 39. not. 91. S. 66. §. 41, not. 93. S. 67. Mittermaier, zu Feuerbach, 13. Aufl. 1840. §. 75. a. not. e. l. m. S. 128. ff. A. M. ist Marezoll, Lb. d. g. d. C. R. 1840. §. 21 S. 57. not 2. Abegg, §. 18. S. 23

11) d. C. G. B. mit Anmerk. 1838. I. S. 104.

12) Die neuen Crim.-ges. Sachsens, 1838. S. 9.

13) Dieß übersieht Krug, Studien, II. S. 20.

14) Studien des C. G. B. I. S. 1. ff.

Digitized by Google

temb. Strafgesetzbuchs. In diesem sollen dieselben Worte: „ihrem Wortlaute oder dem Sinne nach" nach den Motiven sowohl als den Erklärungen beider Kammern (Hepp, Comment. üb. d. neue Württemb. St. G. B. 1839. I. S. 70. 72.) ausdrücklich sowohl die Rechts- als Gesetzesanalogie im eigentlichen gewöhnlichen technischen oder wissenschaftlichen Sinne von Analogie, nicht aber die logische ausdehnende Erklärung des Gesetzbuchs ausschließen. Nur der Ausdruck „Gesetzesanalogie" ist an den Zweifeln über die Absicht und Ansicht der sächsischen Regierung über den Sinn des Art. 1. des C. G. B. Schuld. In der Sache selbst stimmt dieselbe mit der Württembergischen überein; nur nicht über den Sinn des Wortes „Gesetzesanalogie."[15]) — Uebrigens wurde in den Sächs. Kammern stets blos von der Analogie in Bezug auf Strafbarkeit von Handlungen gesprochen. Dagegen kam die Frage, ob die Analogie in Bezug auf Strafmaaß, Strafgröße, Maaßstab für das Strafübel u. s. w. bei vorhandenen Lücken des C. G. B. zulässig sei, in den S. Kammern gar nicht zur Sprache (wohl aber in den Württembergschen und wurde hier bejaht.) Ausnahmsweise scheint die Analogie in Sachsen zulässig zu sein, wo in einzelnen Art. die Worte gebraucht sind: „und sost", „und dergleichen", Art. 87. 88. 115. 145, 2. 109. 155. 175. 180. 258. u. s. w.

§. 179.

Natürliche Verbrechen im Staate.

Hieraus ergiebt sich, daß es in einem Staate bei vorhandenen Strafgesetzen wohl natürliche Verbrechen in dem Sinne, daß ihre Strafbarkeit bei allen Völkern anerkannt ist (delicta iuris gentium bei den Römern, oder Mala in se in der engl. Praxis,) und auch Verletzungen von Vernunft-Rechten oder Verbrechen gegen das Vernunftrecht, nicht aber in dem Sinne strafbarer Verbrechen gebe, (obwohl man „Verbrechen" gewöhnlich nur positivrechtliche nennt,) daß ferner der Richter Handlungen nicht bestrafen dürfe, die nicht vorher in den Strafgesetzen mit Strafe bedroht sind, sollte er sie auch aus allgemeinen Gründen für strafwürdig halten.[15]) Denn das Strafgesetz giebt den Bürgern Rechte, daß nur die durch dasselbe mit Strafen bedrohten

15) S. Mittermaier, Arch. d. Crim. R. Neue Folge, 1838. S. 4. zu Feuerbach, 13. Aufl. 1840. §. 73. not. I. S. 126. §. 75. a. not. g. S. 129. §. 2. not. II. nr. I. 2. S. 3. u. die vielen dort angeführten. Hepp, i. a. Comment. I. S. 72. not. 9.

Digitized by Google

Handlungen und nur soweit bestraft werden dürfen, als das Gesetz Strafe drohte.

Anm. Im Römischen Rechte gab es allerdings delicta iuris gentium, die der Richter auch ohne eine vorhandene lex strafen konnte. l. 42. d. V. S. 50, 16. l. 38. §. 2. ad l. Jul. d. adult. (s. not. 15.)

§. 180.

Erklärung der Strafe und des Verbrechens im Staate, nach positivem Rechte.

Ganz verschieden von der rein vernunftrechtlichen Strafe ist die Strafe im Staate und nach positivem Rechte. Hier ist Strafe etwas durch ein Strafgesetz im voraus bestimmtes Unangenehmes, wodurch der Verletzer eines öffentlichen Rechts und Strafgesetzes wegen seiner Verletzung eines Rechts und Strafgesetzes der Staatsgewalt von dieser oder von dem Verletzten durch ein öffentliches Gericht zu einem das Recht und Strafgesetz nicht verletzenden Willen und Handeln gezwungen wird. — Ein Verbrechen ist eine Verletzung eines Rechts und Strafgesetzes der Staatsgewalt, mit Ueberzeugung und mit dem Willen derselben, oder eine äußere Handlung, welche ein Recht und Strafgesetz der Staatsgewalt mit Ueberzeugung und Willen des Thäters verletzt und durch das Strafgesetz im voraus für ein Verbrechen erklärt worden ist.

§. 181.

Begriff, Grund, Zweck und Grenze des Strafgesetzes.

Das Strafgesetz ist die Erklärung des Willens der (gesetzgebenden Staats-) Gewalt eines Staates für die Genossen oder Unterthanen desselben, vorher bestimmte und erklärte Handlungen der letztern mit einer vorher (mehr oder weniger) bestimmten Strafe durch die Strafgerichte zu belegen. — Der nächste Grund und Zweck des Strafgesetzes ist in §. 170. angegeben. Der höchste und letzte Grund sowol als Zweck des Strafgesetzes aber, nicht minder dessen Inhalt und Umfang ist der allgemeine und gemeinschaftliche des Rechts, (§. 35—40.), des Zwanges, (§. 87—90.), des rechtlichen Zwanges, (§. 92—95.), der Strafarten, (§. 104—105.), des Zwangsrechts, (§. 140—142.), des Strafrechts, (§. 147.), der Strafe, (§. 148.) und des Staats, (§. 162.) Die Grade, Potenzen und Stufen der Zurechnungsfähigkeit, Zurechenbarkeit, der Geisteskräfte der Menschen, der Ueberzeugung und des Willens, des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit sind so unendlich, daß es für einen jeden einzelnen Straffall eine der Verschuldung, d. h. der Größe des Willens ganz angemessene und im Ver-

Digitized by Google

hältnisse zu allen andern gleichzeitigen, frühern und spätern Strafsällen ganz gerechte Strafe zu bestimmen, schon äußerst schwierig, wenn nicht unmöglich ist. Noch schwieriger aber oder vielmehr ganz unmöglich es ist, diese Strafe im Gesetze im voraus, im Allgemeinen und abstract für alle künftigen Fälle zu bestimmen. Selbst relativ unbestimmte Strafgesetze reichen da nicht aus. Auch sie beschränken den Richter noch viel zu sehr. Gar keine Gesetze über das Strafmaaß, (wohl aber über das Verbrechen, das Strafwürdige,) wären zu jenem Zwecke nöthig, wenn dieß nicht zu einem viel größern Uebel, zu der, mit der Gerechtigkeit und Rechtspflege [1]) unvereinbarlichen Willkühr — die stets ein Uebel ist, führte.

Zehnter Abschnitt.

Von den Theorien des Strafrechts.

§. 182.

Strafrechtstheorie. Deren Begriff.

Der Begriff und die Erklärung von Theorie überhaupt ist unbestritten. Weniger einverstanden scheint man zu sein über den Begriff „Theorie" in der Zusammensetzung von „Strafrechtstheorie." Diese ist in keiner einzigen von den vielen Schriften erklärt. Daß sie aber alle über den Begriff einer Strafrechtstheorie nicht übereinstimmen, gehet aus dem Inhalte der verschiedenen Strafrechtstheorien hervor. Die Feststellung des Begriffs „Theorie des Strafrechts" scheint nun auch zugleich Feststellung des Streitpunkts über die Strafrechtstheorien, das beste Mittel zur Einigung und endlichen Uebereinstimmung der verschiedenen Ansichten und der Mangel einer solchen Feststellung hauptsächlich Schuld an der so großen Verschiedenheit der Ansichten zu sein.

§. 183.

Wesentliche Erfodernisse einer Theorie des Strafrechts.

Eine Theorie des Strafrechts ist der systematische Inbegriff der allgemeinen vernünftigen Grundsätze über das ganze ver-

---

1) pr. d. off. iud. 4, 17. nov. 82. c. 13. nov. 113. c. 1. 2. — can. 3. D. 4. P. G. O. Art. 3. C. G. O. v. 1555. l. T. 13. §. 1. Daher verweisen die

künftige Strafrecht. Sie zerfällt mithin in folgende wesentliche, allerdings verschiedene, aber sich nicht widersprechende, sondern zu vereinigende, übereinstimmende und eine ganze Strafrechtstheorie ausmachende Theile: 1) in eine Theorie über den höchsten und letzten[1]) Rechtsgrund; 2) über den höchsten und letzten[1]) Zweck; 3) über die innere Größe (Grenze) oder das Maaß und 4) über den Umfang; 5) über die thatsächliche Bedingung und den Gegenstand (das Strafbare oder Strafwürdige) der Strafe und des Strafrechts, sowohl im Allgemeinen als Besondern und Concreten und endlich 6) über Rechtmäßigkeit der einzelnen Strafarten. Nach Abegg[2]) ist die Aufgabe einer Strafrechtstheorie blos: die Rechtmäßigkeit (also den Grund) der Strafe zu erweisen.

§. 184.

Anderer Begriffe von einer Strafrechtstheorie.

Wiewohl nun der Begriff und das Wesen von einer Strafrechtstheorie überhaupt, abgesehen von einer concreten, noch von keinem Criminalisten erklärt worden ist, so gehet doch aus ihren verschiednen Strafrechtstheorien hervor, daß die meisten eine solche nicht in dem, §. 183. dargestellten Umfange verstanden, sondern nur auf einen einzigen von den daselbst aufgezählten sechs wesentlichen Gegenständen beschränkt und zwar ein jeder Criminalist fast einen andern als Aufgabe einer Strafrechtstheorie, z. B. einige den Grund, andere den Zweck, noch andere das Maaß der Strafe aufgefaßt haben. Daher verbreitet sich keine einzige von allen bisherigen Strafrechtstheorien über alle jene sechs Aufgaben einer solchen. Daher ist jene große Verschiedenheit der bisherigen Strafrechtstheorien nur scheinbar, weil sie größtentheils über verschiedene Gegenstände, nicht über einen, handeln und daher verschieden sein müssen, wenn überhaupt Darstellungen verschiedener Gegenstände in Bezug auf ihren Inhalt und ihre Uebereinstimmung verglichen und verschieden genannt werden können. Insofern nun die meisten

Gesetze den Richter sogar da, wo seinem Ermessen Etwas ausdrücklich überlassen ist, auf ihren Geist, die Rechtsanalogie, die in diesem Sinne sehr zweckmäßig ist. l. 12. 13. 32. pr. d. legg. 1, 3. P. G. O. Art. 10. 105. a. E. 118. a. E. 150. a. E. 106.

1) Auch dieser Beiwörter bedarf es. Denn wenn eine Theorie den höchsten und letzten, eine andere einen untergeordneten und mittelbaren, eine dritte den entfernten, eine vierte den nächsten Grund und Zweck der Strafe angiebt, so müssen sie natürlich verschieden ausfallen, ohne (über denselben identischen) verschieden zu sein.

2) Lb. §. 35. S. 58.

Digitized by Google

von den bisherigen Strafrechtstheorien nur eine Aufgabe lösen und nur über einen wesentlichen Gegenstand handeln, sind sie einfache, aber auch mangel- und lückenhafte oder unvollständige. Insofern einige aber über mehrere verschiedene, sich aber nicht widersprechende Gegenstände sich verbreiten, sind sie zusammengesetzte. Von jenen einfachen Theorien lassen sich daher viele zu einer einzigen, ohne Widerspruch unter sich, in Uebereinstimmung bringen und vereinigen, weil sie nicht in Bezug auf denselben Gegenstand, sondern in Bezug auf verschiedene Gegenstände einer Strafrechtstheorie verschieden sind. Zusammengesetzte Theorien in diesem Sinne leiden noch nicht an dem Fehler des Synkretismus, (§. 209.) und sind deßhalb, weil sie auch zusammengesetzte sind, noch nicht unhaltbar und unbrauchbar, wie Bauer[1]) meint, sondern nur dann, wenn sie verschiedene Theorien über denselben Gegenstand, z. B. über den Zweck der Strafe, verbinden, jedoch auch nur dann, wenn sie nicht zwischen Haupt- und Nebenzwecken, oder zwischen dem nächsten und entfernten, mittelbaren und unmittelbaren, unterscheiden, subordiniren, sondern mehrere Zwecke derselben Art und Gattung kombiniren, coordiniren. Nur Hepp und Bauer[2]) stellen mehrere Aufgaben einer Strafrechtstheorie auf. Nach ihnen nämlich soll eine solche Auskunft geben A. über das Strafwürdige, B. über die Strafarten und C. über das Strafmaaß.

§. 185.

Eintheilungen der Strafrechtstheorien.

Die gewöhnlichen Strafrechtstheorien werden eingetheilt in einfache und zusammengesetzte. Diese, (auch gemischte, combinirte, synkretistische gen.) bestehen in einer Verbindung mehrerer relativer Theorien, (oder auch einer absoluten mit einer relativen)[1]) oder, wie Abegg und die Meisten ausschließlich sagen, in der Aufstellung verschiedener, coordinirter Zwecke, welche entweder alternativ[2]) oder copulativ durch die Strafe befördert werden sollen.

1) Lb. d. Straf. R. §. 31. not. h. S. 58. Die Warnungsth., nebst einer Darstell. und Beurth. aller Strafrechtsth. 1830. §. 69. 70. S. 393. ff.
2) Lb. d. Straf. R. 2. Aufl. 1833. §. 24. S. 46.

1) Krug, Syst d. prakt. Phil. I. Th Rechtslehre, 1817. §. 63. Anm. 2. S. 225. u. Allgem. Hdb. d. philos. Wissensch., 2. Aufl. 1834. IV. B. unter „Strafe" S. 71. ff. Henrici, üb. d. Unzulänglichk. eines einf. Strafrechtsprincips, S. 78 stellt aber das relative an die Spitze.
2) Fichte, Naturrecht, II. S. 95. verbindet vier einfache Theorien, jede auf eine neue Gattung von Verbrechen beziehend, hauptsächlich jedoch auf politische Abbüßung, wie Rousseau, Contr. social II. 5.

Digitized by Google

Die einfachen (reinen) Theorien stellen aber nur einen Zweck der Strafe oder gar keinen auf. Diese werden nämlich wieder eingetheilt in absolute und relative. Jene, die absoluten, beziehen die Strafe nicht auf irgend einen dadurch zu befördernden Zweck, (nach Abegg allerdings auch auf einen solchen, aber mit dem Grunde identischen Zweck —, nämlich die Gerechtigkeit), sondern betrachten sie als Selbstzweck und bloße nothwendige Folge des Rechtsgesetzes und Verbrechens, als eine Foderung der Gerechtigkeit. Ihre Anhänger[3]) nennen sie mit dem blendenden Namen: Gerechtigkeitstheorien, wiewohl auf diesen alle, auch die relativen, Anspruch machen und Anspruch machen können, ihre Gegner[4]), (Utilitarier, Benthamisten) aber Rache- oder Ungerechtigkeitstheorien. Die relativen, von den Gegnern[4]) „Nützlichkeits- oder Nutzenstheorien" genannt, beziehen die Strafe auf einen zu befördernden rechtlichen Zweck, der im Allgemeinen und zuletzt ebenfalls in Sicherung der Rechtsordnung, als dem Zwecke des Staats, besteht, erweisen die Geeignetheit der Strafe zur Erreichung dieses Zweckes und zuletzt die Rechtmäßigkeit des Mittels. — Alle diese Theorien aber, die absoluten wie die relativen, wollen die Strafe rechtfertigen.

§. 186.

Die zwangsrechtliche Theorie,

oder die Theorie vom rechtlichen oder gerechten Zwange löst sämmtliche Aufgaben einer Strafrechtstheorie. Denn sie giebt genügende Auskunft 1) über den Grund, den thatsächlichen und Rechts-Grund, — §. 38. S. 27. §. 87. S. 69. §. 92. S. 72. §. 100. S. 82. §. 141. 147. 2) über den nächsten, unmittelbaren und entfernten, mittelbaren Zweck, §. 39. S. 27. §. 88. S. 70. §. 93. S. 72. §. 101. a. S. 86. §. 142. 147., 3) über die innere Größe oder Grenze oder das Maaß, §. 40. S. 28. §. 90. S. 70. 4) über den Umfang — äußere Größe oder Grenze —, §. 40. S. 28. §. 95. S. 73. §. 151. 171., 5) über den Gegenstand und die thatsächliche Bedingung der Strafe und des Strafrechts, §. 40. S. 28. §. 141. ff. §. 150. S. 128. §. 151. 156. 163—167. 171. ff. 179. 180. und endlich 6) über die Strafarten. §. 103. 104. 105. 134. Nach dieser Theorie haben Recht, (§. 35—40.) Zwang, (§. 87—90.) der rechtliche Zwang, (§. 92—95.) die Straf-

3) vergl. Mittermaier, zu Feuerbach, 13. Aufl. 1840. §. 7. a. S. 31. §. 20. b. S. 43. f. u. d. dort angef.

4) Bauer, i. angef. Lb. d. Straf. R. §. 26. not. a. S. 50.

Digitized by Google

arten, (§. 104—139.) das Zwangsrecht, (§. 141—142.) die Strafe, (§. 148.) das Strafrecht, (§. 147.) sogar der Staat, (§. 162.) und das Strafgesetz, (§. 181.) alle diese zusammen nur einen, einzigen, denselben identischen Grund, Zweck, Inhalt und Umfang. Diese Theorie ist eine absolute, insofern sie die Strafe zuerst durch einen Rechtsgrund, nicht aber durch einen Zweck rechtfertigt und insofern dieser Grund nur Recht und Gerechtigkeit ist und hierauf erst den eben auch hierin liegenden, identischen Zweck der Strafe aufsucht. Sie ist aber von den bisherigen absoluten Strafrechtstheorien wesentlich verschieden, insofern sie das Strafrecht nicht nur aus dem Rechte und der Gerechtigkeit petirt und postulirt, sondern dieses selbst wieder tiefer begründet, insofern sie ferner nicht nur die Strafe, sondern allen Zwang und alles Recht gemeinschaftlich begründet (§. 145—147.) Gewiß aber ist die zwangsrechtliche Theorie weder eine relative noch eine zusammengesetzte im bisherigen Sinne. Insbesondere aber kann sie eine Gerechtigkeitstheorie heißen. Denn nach dieser Theorie ist der Grund und Zweck der Strafe unmittelbar das Recht oder die Gerechtigkeit selbst oder ist hierin enthalten. Eben so wird nach dieser Theorie sowohl die Größe der Strafe, als der Umfang des Strafgebiets, der Gegenstand der Strafe und die Zulässigkeit der Strafarten unmittelbar vom Rechte selbst bestimmt. Diese Theorie des Zwangsrechts setzt ferner nicht willkührlich einen neuen besondern Grundsatz an die Spitze des Strafrechts, welcher für andere Rechtstheile aus dem allgemeinen höchsten Rechtsgrundsatze, von dem allein alle Rechtstheile abgeleitet werden können, an die sich das Strafrecht organisch anschließt, sich nimmer ableiten und begründen läßt. Diese Straftheorie will die Strafe nicht, wie die relativen Theorien, zunächst durch ihre politische Zweckmäßigkeit für eine positive politische Sicherung politisch begründen und die Bürger und ihre Rechte als Mittel dafür herabwürdigen, sondern die Strafe zunächst nur durch das Rechtsgesetz begründen; durch sie nur negativ, durch Aufhebung und Aenderung des gesetzwidrigens Willens sichern und den Verbrecher nur wegen seiner gesetzwidrigen Handlung und nur mit der gerechten Strafe strafen. Dieselbe Theorie will ferner durch vernünftige Mittel eine wirklich zweckmäßige Erhaltung und Sicherung der Rechtsordnung bewirken durch Strafe, welche rechtlich, rechtliche Folge, Aenderung oder Aufhebung des rechtswidrigen Willens und Handelns bezweckt und nicht blos politisch für zukünftige Sicher-

Digitized by Google

heit wegen noch nicht verschuldeter Rechtsverletzungen begründet wird. Nach dieser Theorie ist die Strafe absolut, indem sie nur die unmittelbar durchs höchste Rechtsgesetz gefoderte Aufhebung des rechtswidrigen Willens und Handelns bezweckt. Sie ist relativ, indem sie nur jenen und dieses aufhebt, nur für den Strafzweck der Aufhebung, nicht blind, sondern als vernünftiges Mittel vernünftige Strafzwecke verfolgt, jede blinde Reaction, Vergeltung und Talion um der Vergeltung willen und ohne Bestimmung und Abmessung nach jenen Strafzwecken verschmäht. (Welcker, Commiß.ber., in Hitzigs von Demme fortgef. Ann. XIV. Bd. 2. H. S. 291. ff.)

§. 187.

Theorien. 1) über den Rechtsgrund der Strafe.

Einen Rechtsgrund[1]) der Strafe geben die wenigsten Theorien an und zwar die relativen ausdrücklich, die absoluten stillschweigend, indem sie die Strafe und das Strafrecht ohne Weiteres postuliren oder petiren, die Strafe als ein durch die Idee der Gerechtigkeit gebotenes, als Folge des verübten Verbrechens nothwendig eintretendes Uebel betrachten. (§. 87.) Höchstens berufen sich die absoluten Theorien zur angeblichen Begründung des Strafrechts auf die moralische Weltordnung, vermöge welcher die Strafe den Verbrecher treffen müsse, oder auf einen nothwendigen Causalzusammenhang zwischen dem Uebelthun und dem Leiden eines entsprechenden Uebels —, oder auf einen kategorischen Imperativ der Strafe, des Strafrechts, (des Rechts und Staats) als Selbstzwecks oder einer unbedingter Foderung der Vernunft —, oder auf eine sittliche Nothwendigkeit und auf die Idee der Gerechtigkeit, nach welcher auf das Verbrechen, als ein sittliches Uebel, die Strafe, als ein sinnliches Uebel, folgen müsse. Ja, die gewöhnlichen absoluten Theorien gehen so weit, Strafe und Strafrecht selbst dann noch als nothwendig, vernünftig, gerecht und als Pflicht zu behaupten, wenn die vollkommene Entbehrlichkeit und Ersetzbarkeit der Strafe und des Strafrechts durch andre — eben so gute oder noch bessere Institute und Mittel nachgewiesen wäre. (Kant, Zachariä, Borst, Henke, Richter, v. Rotteck, Heffter, Abegg, Hegel, von Preuschen, Mittermaier, Jacob, v. Bothmer, Rossi, Herzog v. Broglie) Zu den absoluten

1) Auf den unmittelbar göttlichen Ursprung des Strafrechts und Strafamts weist hin Jarcke, Hdb. d. g. d. Straf. R. I. S 244. v. Linck, Ueber d. Naturr. unsrer Zeit als Grundl. der Strafr.th., München, 1829. Göschel. (not. 2.) u. Stahl.

Digitized by Google

Theorien gehören auch die Göschels,[2]) Links und Stahls mit zu Grunde gelegter religiöser Ansicht als Basis der Gerechtigkeit. Die Abbüßung (von der canonischen, unten §. 202. verschieden,) welche Fichte und die Erstattungstheorien, welche Klein, Schneider, Welcker, Schulze, vertheidigen, gehören nicht hierher. Nur die relative Strafzufügungstheorie der Selbsterhaltung[3]) oder der Nothwehr[4]) stellt einen Rechtsgrund der Strafe auf und zwar in das Recht der Selbsterhaltung und der Nothwehr des Staats gegen den Verbrecher, in ziemlicher Uebereinstimmung mit der hier vorgetragnen. Wiedervergeltung kann nur als verhältnißmäßige Gleichheit, als Maaß und als Folge, nicht aber als Grund und äußere Talion gelten. Ja, manche Absolutisten sprechen sogar von Vergeltung des Bösen mit Bösem (compensatio mali cum malo. Gellius, XX. 1.). Zu den absoluten Theorien sind gewissermaaßen auch die zu zählen, welche das Strafrecht — wie sie alle erst im Staate —, durch Vertrag, sei es durch den allgemeinen Bürger-[5]) oder aber einen erdichteten besondern Abbüßungs-Vertrag,[6]) entstehen lassen.

§. 188.

Relative Theorien.

Einige von den relativen Theorien erkennen auch eine rechtliche Begründung der Strafe als nothwendig an. Man kann sie daher nicht alle Nützlichkeitstheorien nennen. Diese im engern Sinne stellen den Nutzen an die Stelle des Rechts oder dieses selbst nur unter den Gesichtspunkt des Nutzens,[1]) (nicht der Nothwendigkeit). Die relativen Theorien alle, auch Hepp, gehen von

2) Zerstr. Blätter aus den Hand- u. Hülfsacten eines Juristen, I. S. 468. II. S. 343.

3) Schulze, Leitfaden d. Entwickel. d. philos. Princ. d. bürg. u. peinl. R. Gött. 1813. §. 242.

4) Martin, Lb. d. g. T. C. R. 2. Aufl 1829. §. 11. f. S. 23. und Vorr. z. I. Ausg., VII. ff. Wirth, Hdb. d. Strafrechtswiss. I. Abth. I. S. 199. ff. — 225—259. Weber, N Arch. d. C. R. VI. S. 453. Unterholzner, jurist. Abh., München 1810. S. 201. f. Romagnosi, genesi del diritto penale Milon. 1823. 2. Voll. 8. v. Droste-Hülshoff, Einl. in d. g. d. C. R. Bonn, 1826. §. 3. f Dessen Naturr., 2. Aufl. §. 116. 150. Trummer, Criminal. Beitr. III. 2. S. 118. f.

5. Hufeland, Lehrb. d. Naturr. 1795. Ausg. 2 §. 502. Unterholzner, jurist. Abh. S. 286. Greff, d. notione porn. Frl. 1789. §. 7.

6) Fichte's Grundl. d. Naturr. II. oder angewandtes Natur. R. 1797. S. 97. ff.

1) Bentham, Grundsf. der Civ. u. Crim. Gesetzgeb., deutsch v.. Benecke, Th. I. II. 1830.

der Gefährlichkeit und Schädlichkeit des Unrechts, wie die absoluten von der Nichtigkeit desselben, aus.

§. 189.

Eintheilung der relativen Theorien.

Die relativen Theorien bezwecken eine Wirkung der Strafe, 1) entweder überhaupt durch das Strafgesetz oder dessen Androhung (Androhungstheorien, sog. Generalprävention, wozu A. die psychologische Zwangs- oder Abschreckungs- und B. die Warnungstheorie gehört; oder 2) durch Anwendung des Strafgesetzes A. auf den Rechtsverletzer selbst (a. Special-Präventions-, Vertheidigungs- und b. Selbsterhaltungs- oder Nothwehrs- und c. Besserungs-Theorie) oder B. auf Andre außer dem Rechtsverletzer durch die Vollstreckung der Strafe als einer poena exemplaris (äußere Abschreckungs-Theorie).

§. 190.

Absolute Theorien über einen Zweck der Strafe.

Die absoluten Theorien stellen zwar als solche keinen Zweck der Strafe, sondern diese als Selbstzweck auf. Viele aber, die gewöhnlich zu den absoluten gerechnet werden, enthalten dennoch einen solchen und sind eben deßhalb keine reinen absoluten, sondern zum Theil relative. So soll nach der Theorie der Ausgleichung die Strafe das durch das Verbrechen erzeugte moralische Uebel aufheben (Jacob)[1] und die göttliche Weltordnung wieder herstellen, (Stahl)[2] oder nur das durch das Verbrechen gestiftete juristische Uebel ausgleichen oder den Willen mit dem verletzten Gesetze aussöhnen (v. Bothmer.)[3] So soll ferner nach der Theorie der Expiation[4] der Verbrecher sein Unrecht durch die Strafe abbüßen und entsühnt werden.

§. 191.

Einzelne relative Theorien über den Zweck der Strafe.

Aber recht eigentlich gehören die sog. relativen oder Nutzenstheorien hierher, die vorzüglich von englischen Schriftstellern, Priestley[1] und Bentham[2] durch scharfsinnige Berechnung und Ab-

1) Philos. Rechtslehre §. 65. S. 152. ff.
2) Philos. d. Rechts, 2. Bd. 2. Abth, S. 364. 373.
3) üb. d. Begriff d. Strafe, Berl. 1806.
4) Herz. v. Broglie in der Revue francaise, 1828. Septbr. p. 13. — Bemerk. üb. d. Entw. eines Strafgesetzb., Stuttg., 1830. S. 3.

1) in seinem „essay on governement. — American Jurist. (Boston, 1839.) Januarheft nr. 40. p. 332.
2) Hepp: Benthams Grundss. d. Crim.politik, Tübingen, 1839. —

Digitized by Google

wägung der Strafen, ihrer Wirksamkeit und aller Motive und Neigungen des Menschen ausgebildet worden sind. Der Endzweck der Strafe nämlich, — Sicherung der Rechtsordnung — soll entweder durch Gutmachung geschehener oder durch Verhütung möglicher Uebertretungen erreicht werden. Die Vergütungs- (Erstattungs- Genugthuungs- Wiederherstellungs-) theorien setzen den Zweck der Strafe in die Wiederaufhebung des der Rechtsordnung durch die Rechtsverletzung zugefügten idealen Schadens durch Bestrafung des wirklichen Verbrechers, mithin 1) in die Aufhebung des durch das böse Beispiel erzeugten Reizes zu Verbrechen,[3] (§. 97. 80.), 2) in die Herstellung des durch das Verbrechen verletzten Rechtsgesetzes oder auch der Rechtsordnung, der Heiligkeit und Achtung des Rechts[4] oder in Herstellung des Glaubens an die Sicherheit oder in Beruhigung der Bürger[5] u. s. w., 3) in die Vernichtung des Ungerechten, Austilgung der verbrecherischen Schuld, Vernichtung oder Neutralisirung des Verbrechens[6] —, Unschädlichmachung des Verbrechers durch Nöthigung, sich unter das allgemeine Gesetz zu beugen.[7] Die Verhütungstheorien wollen mögliche Störungen der Rechtsordnung verhüten, entweder durch die gesetzliche Androhung der Strafe oder durch die Bestrafung des wirklichen Verbrechers und zwar 1) die Strafandrohungstheorien, die Abschreckungs-, die (Feuerbach'sche) Theorie des psychologischen Zwanges[8] und die Bauer'sche Warnungstheorie[9] durch Abschreckung oder Warnung Aller als möglicher Verbrecher von Rechtsverletzungen, indem die sinnlichen Antriebe entweder aufgehoben oder ihnen entgegen gewirkt wird durch Strafdrohung und

---

Warnkönig, Rechtsphil. S. 86. Burlett, de Benthami de utili doctrina. Amstel. 1829. Revue de legislation par Wolowsky, 1836. Decbr. p. 209.

3) Klein A. Arch. d. Crim. R. II. B. S. 87. Schneider, über das Princip des Straf. R., Dresden, 1806. §. 2—9. 15—17. v. Droste Hülshoff, Einl. in d. C. R. S. 12. Klein, Grundss. d. peinl. R. §. 9. ff. Schneider, Vers. u. Entw. d. Grundbegr. d. philos. Rechtslehre, Gießen, 1806. S. 96. ff.

4) Wächter, Lb. d. Röm, Teutsch. Straf. R. §. 28. S. 51. Cropp, de praeceptis iur. rom. circa puniendum conatum delinquendi, Heidelb., 1813. Sect. I. p. 10—19. Schmidt, Ueber d. Urgrund des Strafr. Augsb., 1806. Fries, Philos. Rechtsl. S. 57. Schröter, Hdb. d. peinl. R. §. 14. — Roßhirt, Lb. §. 8. — Dagegen Henke, Hdb. I. S. 101—105.

5) Carmignani, iur. crim. el. p. 32. (§. 200.)

6) Hegel, Naturr., Berl., 1821. §. 99—102. Henke, Hdb. I. S. 72.

7) Stöckhardt, Naturr. §. 158. Auch Abegg, Lb. §. 48. S. 71. ff.

8) Lb. d. g. in. D. g. peinl. R. 13. Aufl. 1840. §. 16. not. a. und b. und die dort angeführten. Michaelis, Mosaisches Recht, Vorr. zum VI. Th. S. 18.

9) Göttingen, 1830. — Neues Arch. d. Crim. R. IX. nr. 17. Abhdl. aus d. Strafr. 1840. I. Abh.

Digitized by Google

Strafzufügung; 2) die reinen Strafzufügungstheorien entweder a. durch Besserung [10]) des Verbrechers; oder b. durch Prävention gegen ihn und künftige Verbrechen desselben [11]) (reine Präventionstheorie) oder c. durch Abschreckung sämmtlicher Bürger mittelst des Acts der Vollstreckung der Strafe (eigentliche äußere Abschreckungs-, Theorie der unmittelbaren Abschreckung, Vollstreckungstheorie, poena exemplaris.) [12])

§. 192.

Fortsetzung. Zusammengesetzte Theorien.

Die copulativen Combinationen (§. 184.) stellen 1) entweder eine größere Zahl verschiedenartiger Strafzwecke auf, [1]) oder 2) blos zwei, einen für die Androhung und einen für die Zufügung der Strafe. a. Die General- und Specialprävention (Abschreckungs- und Präventionstheorie) will durch das Strafgesetz Allen und durch die Bestrafung dem wirklichen Uebertreter zuvorkommen. [2]) b. Die Theorie des psychischen Zwanges mit der un-

10) Stelzer, Ueber d. Willen, Leipzig, 1817. (der aber neben der Besserung noch absolute Sicherheitsmittel, wie die Präventionstheorie, für zulässig hält.) Spangenberg, über d. sittl. u. bürg. Besserung d. Verbr. mittelst d. Pönitentiarsyst. Landsh. 1821. — Dagegen v. Arnim, Bruchst. über Verbr. und Strafen, II. S. 8. ff. Tittmann, Hdb. I. §. 52. Stöckhardt, Naturr. S. 274. Wirth, Hdb. S. 168. Pölitz, d. Staatswissensch. im Lichte unsrer Zeit, I. §. 50. 51. Mittermaier, Arch. d. C. R. XII. S. 152. 328. 675. Neue Folge, 1834. S. 132. 1835. S. 597. 1837. S. 496. 1838. S. 138.

11) Goodricke, tentamina iurispr. rat. d. iure pun. Gron. 1766. Kleinschrod, Syst. Entw. II. S. 9. f. 103. f. Stübel, Syst. d. allg. peinl. R. 1795. I. §. 12. ff. 67. ff. v. Almendingen, in Grolmann's Biblioth. I. S. 3. S. 5. ff. Grolmann, über d. Begründ. d. Strafrechts u. s. w., Gießen, 1800. S. 3—9. 24—34. in s. Magazin für Philos. und Gesch. d. R. I. S. 141. ff., in d. Grundss. d. C. R. W. §. 1—14. Tittmann, Hdb. I. §. 25. f. — Dagegen Feuerbach, Welcker, Hepp. — Ein System indirecter Vertheidigung — Romagnosi, genesi del diritto penale, Milon, 1823. (Mittermaier u. Zachariä, Krit. Zeitschr. III. S. 259.

12) Gmelin, Grundss. d. Gesetzgeb. über Verbr. u. Str. S. 35.

1) Meister, Lb. d. Naturr., Frkf. 1809. §. 583. Krug, Philos. Rechtsl. §. 63. S. 224. ff. Roßhirt, Lb. d. C. R. §. 8. verbindet die Androhungs-, Präventions- und Besserungstheorie, in seiner Entw. u. s. w. S. 157. 158. aber bekennt er sich zu der absoluten. Welcker, über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Gießen, 1813. S. 249—275. u. im Comiss. ber. in Hitzig's von Demme fortgef. Ann. XII. Bd. S. 300—347. XIV. Bd. S. 282—293. leitet sieben Strafzwecke ab aus der Grundidee der Aufhebung d. ganzen idealen Schadens oder der Rechtsstörung. — Aeltere; z. B. Cujacius, Paratitla in Cod. L. IX. T. 47. verbindet allgemeine Abschreckung, Sicherung vor dem Verbrecher und Besserung desselben. Huber, Praelectl. ad Pand. Lib. 48. T. 19. nr. 1. Besserung, Abschreckung der übrigen Bürger und Genugthuung für den Verletzten; Leyser, Medd. ad Pand. Sp. 649. M. I. außer vielen andern Zwecken noch Wiedervergeltung und incrementum aerarii vel aliam reipublicae utilitatem.

2) v. Grolman, in den spätern Ausgaben seines Lb. Oersted, Grund-

Digitized by Google

mittelbaren Abschreckung will Alle abschrecken, theils durch die gesetzliche Strafdrohung, theils durch die Strafzufügung, d. h. durch die Ueberzeugung von der Ernstlichkeit der ersteren.[3]) c. Nach der mit der Abschreckungstheorie verbundenen Wiederherstellungstheorie soll die Strafdrohung verhütend, die Bestrafung aber gutmachend wirken.[4]) Auch Fichte[5]) vertheidigt eine Abschreckungsstrafe mit der Prävention und gründet sie auf eine Rechtlosigkeit des Verbrechers. Eben so Henke, der jedoch später den absoluten Theorien anhing.

§. 193.

(Absolute) Theorien 3) über das Maaß der Strafe.

Die absoluten Theorien geben eigentlich weder einen Rechtsgrund noch einen Zweck der Strafe an. Vielmehr suchen sie hauptsächlich nur eine Aufgabe einer Strafrechtstheorie zu lösen, nämlich das Maaß der Strafe zu bestimmen. Jedoch auch diese Bestimmung des Maaßes der Strafe begründen und erweisen sie nicht, sondern postuliren oder petiren sie, indem sie sagen: „das Maaß des Uebels bestimme die Gerechtigkeit". Diese Bestimmung ist ganz inhaltlos und eine jede, die härteste und gelindeste Strafe für dasselbe Verbrechen ganz nach Belieben „als gerecht" darstellend und die Willkühr zum höchsten Maaßstabe erhebend. Wenn nun noch dieselben Anhänger der absoluten Theorien die Befugniß eines jeden einzelnen Staats anerkennen, die Strafe nach seinen besondern Verhältnissen und Bedürfnissen zu ordnen, hoch oder niedrig zu bestimmen, so widerspricht dieß der Gerechtigkeit, welche überall, in allen Staaten und zu allen Zeiten eine und dieselbe ist. Die absoluten Theorien kommen nun vor: 1) als Theorie der Wiedervergeltung,[1]) Talion, nach welcher dem Gesetze der Gleichheit zu Folge[2]) ein jeder so viel Uebel, als er

regeln der Strafgef.-geb. S. 51—57. — Beccaria, dei delitti e dolli pene, §. 12. Escher, vier Abh. über Gegenst. d. Strafr.wiss., Zürich, 1812. S. 39. f.

3) Feuerbach, Lb. §. 14. u. 16.

4) Martin, §. 11. 12. S. 26.

5) Grundlage des Naturr. nach den Principien der Wissenschaftslehre, II. 1797. §. 20.

1) Winssinger, de talione, Lovan. 1822. Deinse, de poena talionis apud varias gentes, Lugd. 1822. Frey, de primord iur. crim. ap. varias gentes. Basil., 1824. Trip, de similitudine inter delicta eorumque paenas, Gron. 1834.

2) Wiedervergeltung a. der moralischen Verschuldung, Jacob, oben, §. 190. not. 1. angef. Abicht, die Lehre von den Belohnungen und Strafen, 2. Th. Erl. 1796. 97. b. der rechtlichen, Kant, Metaphys. Anfangsgründe d. Rechtsl. 2. Aufl. Königsb., 1797. S. 195. ff. Richter, d. philos. Strafrecht, Leipzig, 1829. S. 96. 100.

Digitized by Google

durch sein Verbrechen stiftete, und zwar möglichst das Uebel der nämlichen Natur[3]) leide, von welcher seine Rechtsverletzung war. 2) Nach der Theorie der absoluten Gerechtigkeit ist die Strafe Selbstzweck, durch den kategorischen Imperativ als nothwendig jedem Verbrechen folgend gefodert, (Kant, not. 2. b.). 3) Die Theorie der Gerechtigkeit (schlechthin so gen.) fodert, theils, daß jedem Verbrechen ein von der Gerechtigkeit bestimmtes Uebel folgen muß,[4]) theils — von jener verschieden — so viel und nicht mehr Strafe, als der Verbrecher verschuldet hat, als durch die Gerechtigkeit gebotene Folge des Verbrechens,[5]) jedoch nur unter der Bedingung der Nothwendigkeit der Strafe als äußersten anzuwendenden Mittels zur Erreichung der Zwecke des Staats nach seinen besondern Verhältnissen und Bedürfnissen.[6]) Einige[7]) von den Gerechtigkeitstheorien[8]) berufen sich wohl auch auf das hohe Alter der Ansicht, daß

---

3) Materiale, gleichartige Vergeltung. „Per quod quis peccat, per idem et punitur idem. — II. Mos. 21. v. 23—25. „Aug um Auge, Zahn um Zahn." XII. tab. „qui membrum rupsit, talio esto." — „Wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll wieder vergossen werden. I. 131. d. V. 8. 50, 16. can. 1. qu. 3. Caus. 23. C. G. B. Art. 121. 122. — b. formale, ideale, not. d. u. Heinrich, Andeut. d. rechtl. Grundsätze einer Crim.ger. v. Berlin, 1834.

4) Treffurt, im Arch. d. C. R. Neue Folge, 1838. S. 274.

5) Richter, Kant und v. Rotteck, Lb. d. Vernunft. R. III. Materielle Politik. II. Justizwissensch. §. 16. S. 213. ff. u. Comiss.ber. in Demme's Ann. XIV. S. 294—298. Abegg, d. versch. Strafrechtstheorien, in ihrem Verh. zu einander. Neustadt, 1835. Gerstäcker, System. Darst. d. Gesetzgebungskunst, III. Th. 1839. S. 314. v. Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie, so wie eine Darstell. d. übrigen Strafr.th., Gießen, 1839. 2. Th. Zachariä, Anfangsgründe des philos. Crim. R. 1805. Borst, Neue rechtl. Darstell. des Strafr., Nürnb., 1811. Henke, Hdb. d. Strafr.w. I. §. 24. Tieftrunk, Philos. Untersuch. über d. Privat- u. öffentl. Recht, II. Th. 1797. 98. Rossi, traité de droit pénal, T. I. p. 246. f. Brochet, essay sur l'élement moral du droit criminal, Genev. 1836. — Kock, de fine poenis proposito. Groning. 1819. Collmann, d. Lehre vom Strafrechte, 1824.

6) Mittermaier, zu Feuerb., 13. Aufl., 1840. §. 20, b. S. 43. ff.

7) Roßhirt, Entw. S. 157. Hänsel, über d. Princip d. Strafr., Leipzig, 1821. Freudentheil, Arch. d. C. R. Neue Folge, 1838. not. 16. S. 112. ff.

8) Gegen d. absoluten Theorien: Feuerbach, Revision der Grundsätze d. peinl. R. Th. I. C. I. Grolmann, Begründ. d. Strafr. S. 216. Schulze, Entw. d. philos. Princip d. Rechts, S. 327. ff. Wirth, Hdb. d. Strafrechtsw. I. I. S. 179—193. Welcker, d. letzten Gründe v. Recht u. s. w. S. 197—213. Oersted, Grundregeln. S. 13—38. Heyp, i. a. W. S. 22. f. Bauer, i. a. W. §. 54. 55. — Dafür noch Beck, Commentar über Kants Metaphys. d. Sitten, I. Th. Metaphys. Princip d. Naturr., Halle, 1798. Tafinger, in d. krit. Arch. d neuest. jurid. Liter. u. Rechtspflege, IV. B. S. 605—624. Ueber die Idee einer C. Ges.geb., Tüb. 1811. §. 94. Wagner, Syst. d. Idealphilos. S. 136. ff. Reber, über d. Begriff v. Verbr. u. Strafe. Landshut, 1811. v. Troyen, d. iure pun. Gron. 1827.

Digitized by Google

die Strafe eine Reaction der That sei, indem jeder, der Unrecht thut, fühlen werde, daß ihm übel geschehen müsse.[9])

§. 194.

Kurze Geschichte der Strafrechtstheorien 1) bei den alten Philosophen.

Aus den Andeutungen der alten Philosophen über Gerechtigkeit, Staat und die Eigenschaften der Strafe gehet im Allgemeinen hervor, daß sie die Strafe wegen begangener Verbrechen als etwas absolut Gerechtes und Nothwendiges betrachteten.[1]) Die Neuern, z. B. Hobbes und Pufendorf[2]) stellen das Strafrecht bald als ein den Herrschern der Welt übertragnes, göttliches Recht, bald als etwas durch das öffentliche Interesse, den öffentlichen Nutzen gebotenes dar.

§. 295.

2) bei den alten Völkern.

Bei allen Völkern erscheint das Strafrecht zuerst als Selbstrache des Verletzten nach dem Gesetze der Wiedervergeltung, besonders als Blutrache[1]) und als Strafrecht der Familie, dann als das Recht des Staats, die Selbstrache des Einzelnen zu vermitteln und zu veredeln und für gewisse Zwecke zu gebrauchen, endlich als das Recht, sie ganz allein als öffentliche Genugthuung für Alle auszuüben und die Strafe als ein Mittel zur Erreichung des Zwecks der Sicherheit und Ordnung um der Gerechtigkeit willen zu drohen und anzuwenden. Diesen drei Stufen der Entwickelung der Strafe entsprechen auch drei Stufen der Betrachtung des Verbrechens. In der ersten erscheint dieses als Verletzung des Einzelnen und der Familie, besonders als Verletzung der Sinnlichkeit oder als Wehethun oder sinnliches Uebel. In der zweiten Periode ist das

9) Allgemeine Darstellungen u. Beurtheilungen der Strafrechtstheorien s. in den angef. Werken von Hepp, Bauer, Abegg, Preuschen, Welcker, u. s. w. Vening, diss., qua expon. div. de fine poenar. sententiae, Gron. 1826.

1) Vergl. wegen Plato und Aristoteles Köppens Rechtslehre nach platon. Grundss., Leipzig, 1819. S. 121. f. Richters philos. Strafrecht, Leipzig, 1829. S. 78. f. 89. Wegen Seneca, Cropp, d. praeceptis iur. rom. c. conatum. Heidelberg, 1813. p. 19.

2) Hobbes, Leviathan, C. 28. Pufendorf, J. N. et G. VIII. 2. §. 1. sq.

1) S. d. Art. Blutrache in Ersch und Grubers Encyklopädie. Martius, von dem Rechtszustande unter d. Ureinw. Brasiliens, München, 1832. S. 73. Arch. d. C. R. Neue Folge, 1835. S. 464. Götte, Ueber d. Ursprung d. Todesstrafe, Leipzig, 1838. Abegg, die versch. Strafrechtsth. 1835 §. 8. 9. 10. S. 20—32.

Digitized by Google

Verbrechen eine für den Staat gefährliche Handlung und die Strafe bloßes Mittel. In der dritten endlich ist das Verbrechen eine Rechtsverletzung und zwar eine Verletzung der Staatsgewalt, die auf den Grund und zu Zwecken des Rechts und der Sittlichkeit Zwang gegen den Rechtsverletzer nach sich zieht.

§. 196.

3) bei den alten Griechen. *)

In dem Zeitalter des Homer und Hesiod ist die Strafe (materiale) Wiedervergeltung eines gleichen Uebels oder Rache (ἄντιτα, παλίντατα ἔργα oder Ζεὺς ἔργων ἀντ' ἀδίκων χαλεπὴν ἐπεθήκεν ἀμοιβήν,)[2]) als Selbstfolge ungerechter Handlungen (ἀτασθαλίαι, σχέτλια, κακὰ ἔργα) wenn nicht der Verletzte oder seine Angehörigen zur Sühne (ποινή) geneigt waren.[3]) Später erschien die Strafe als politische Genugthuung (κόλασις, ζημία), als Rache (τιμωρία) des Staats für Alle wegen des verletzten Gesetzes und Rechts durch Abbüßung (τίμημα) am Leibe oder am Vermögen (ὅ, τι χρὴ παθεῖν ἢ ἀποτίσαι)[4]). Die Blutschuld (ἄγος und μίασμα) aber blieb lange eine Privatgenugthuung der zunächst Betroffenen unter Vermittlung des Staats. Doch fürchtete man frühzeitig, durch sie den Zorn der Götter oder Bürgerkrieg herbeizuführen. Deßhalb unterschied man früh zwischen Nothwehr und Verletzung aus freien Stücken[5]) und hieß den, der Blut vergossen hatte, das Land meiden (τὴν φυγὴν ὑπομένειν)[6]), als durch seine gewaltsame Verletzung des öffentlichen Friedens des Staatsschutzes verlustig.[7]) Ein Recht des Staats, am Leben zu strafen, nahm man in den ältern Zeiten nicht an.[8]) Ueberhaupt übte der Staat das Strafamt nur, wenn er selbst unmittelbar verletzt war, außerdem nur auf Anrufen der Parteien, früher zur Versöhnung der Götter; im nachheroischen Zeitalter durch Wiedervergeltung gleicher oder ähnlicher körperlicher Pein[9]) (τὸ ἀντιπεπονθός bei

*) Hefftter, Athen. Ger.verf., Cöln, 1832. S. 142. f. 261. f. 448. f.
1) Homer's Ilias XXIV., 213. Odyss. I. 379. XVII., 51. 60.
2) Hesiod Theogen. 333. Pausan. 2, 18, 2.
3) Platner, notiones iur. et iustitiae ex Hom. et Hes. carmin. explic. Marb. 1819. p. 56. 75. s. 115. s. 157.
4) Demosthenes gegen Meidias p. 205. 207. 218. 236. ed. Tauchnitz. T. II.
5) Apollod. 2, 4. 9. —
6) Hom. Il. 16, 573. f. 23, 86. 24, 488. Od. 13, 259. 14, 380. Hesiod, Schild. 82. Apollod. 2, 7, 6. Aeschyl. Fleh. 7, 8. —
7) ἀρρήτῳ, ἀθέμιστος, ἀνεστις. κ. τ. λ. Homer, Il. 9, 63.
8) Euriv. Orest. 511. ff. Thucid. 3, 45. Demosth. g. Aristg. 676, 29.
9) Aristot., Nikom. Eth. 5, 8.

Digitized by Google

den Pythagoräern). Nach Platon,[10]) Pythogoras und Lysias[11]) ist die Strafe des Beispiels halber und zur Abschreckung (ἀποτροπῆς ἕνεκα) und Besserung zu verhängen, nach Zeleukos zur Wiedervergeltung.[12]) — Drakon suchte die Gesetze durch die härtesten Schreckmittel[13]) aufrecht zu erhalten, besonders durch die Todesstrafe zur Abwendung des Zorns der Götter. Das Gesetz, dem, der einen Einäugigen geblendet habe, beide Augen auszuschlagen,[14]) wird dem Solon beigeschrieben. Furcht und Besserung scheint ihm Zweck der Strafe gewesen zu sein. Nach Lysias ist dieselbe auch als Warnung durch das Beispiel dem Staate nützlich,[15]) nach Isokrates soll sie Vergehen verhindern.[16]) Demosthenes sagt, durch Verletzungen der Staatsgenossen werde der Staat selbst gefährdet.[17]) Aeschines: Bestrafung des Uebermuths gegen Sclaven diene nicht zur Genugthuung des letztern, sondern zur Warnung der Bürger gegen jeglichen Uebermuth.[18])

§. 197.

4) Bei den alten Römern

war auch Wiedervergeltung, (talio) der am meisten erwähnte Grund und Zweck der Strafe. — Bei noxis an Privatgütern von privaten Individuen fand theils Selbstrache, theils Genugthuung, sogar Talion durch Gesetz und Gericht zur Versöhnung des Beleidigten Statt.[1]) Bei Verbrechen unmittelbar gegen die publica religio oder das Gemeinwesen fand bald eine sacratio capitis (Verfehmung, Achtung), bald ein capitale iudicium (perduellionis aut parricidii) zur nothwendigen Versöhnung durch ein Opfer statt.[2]) Außer der theokratischen Ansicht ist vorzüglich die Ansicht

---

10) Ges. 9, 855. 862. R. 11, 934. 944. D. Gorg., 525. B. c. Prot. 324. A. B.
11) Lys. g. Alkib. 525. —
12) Demosth. g. Timokr. 744, 13. Ebenso nach Charandas, Diodor, 12, 17. u. Solon, Diog. Laert. I, 57.
13) Arist. Pol. 2, 9, 9. Plut. Sol. 17. Demosth. g. Aristokr. 640, 3.
14) Diog. Laert. 1, 57.
15) Lys. über Eratosth. Tödt. 47. Ps. Dem. g. Neära 1371., 13. 14.
16) Areiop., 230. —
17) Demosth. g. Meid. 528, 27.
18) Aesch. g. Tim. 43. — Vergl. überh. Wachsmuth, Hellen. Alterthumskunde, II. 1. §. 94. S. 159. §. 95. S. 181. §. 98. S. 240. ff.

---

1) XII. Tafeln, Tab. VIII. fr. 2. 6. 9. 10. 11. 14. u. ff. b. Dirksen.
2) Dirksen, Civil. Abh. I. S. 202. f. Deff. Vers. z. Kritik u Ausl. d. Quell. d. röm. R. S. 286. Abegg, d. antiquiss. Roman. iure, crim. Regiom, 1828. Deff. Unters aus d. Geb. der Strafr.w. 1830. S. 128. f. 186. Roßhirt, i. N. Arch. d. Crim. R. XI. S. 1. ff.

Digitized by Google

von der Wirkung des Schicksals, welches den bösen Erfolg herbeiführt, wirksam,[3]) z. B. bei der Lehre von der Fahrlässigkeit.

§. 198.

5) Bei den alten Germanen

trat Todesstrafe unbedingt nur wegen Verrätherei ein.[1]) Sonst hatte der Verletzte das Recht der Selbstrache oder Genugthuung (satisfactio) aus den Gütern des Verbrechers zur Sühne (compositio), die Gemeinde aber das Recht auf das fredum zur Aufrechthaltung desselben gegen Verbrechen als Friedensbrüche im öffentlichen Interesse. Später wurde die Blutrache der Familie abgekauft. Man drohte die härtesten Strafen an und wirkte dahin, daß der Schuldige seine Reue öffentlich ausspreche und die öffentliche Meinung durch seine Demüthigung versöhne. Daher Pilgerfahrten, öffentliche Demüthigungen und Stiftungen, um Verbrechen abzubüßen.[1]) Im Ganzen enthielt das ältere germanische Strafrecht die Erstattungstheorie —, in Bezug auf äußern, materiellen Schaden.

§. 199.

6) im Römischen Rechte.

So wie im Römischen Rechte überall das Recht, die Gerechtigkeit, das rechtliche Gleichmaaß, ius, iustitia, aequitas, aequum ius an die Spitze gestellt wird, so auch im Strafrechte.[1]) Die drei iuris praecepta: „honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere“ können daher, wie für das Civilrecht, so auch für das Strafrecht gelten. Daß das Römische Recht die Strafe hauptsächlich auf den objectivirten Willen beziehe und nach diesem gerecht ausgemessen wissen wolle, ist bereits oben §. 85. 86. not. 1. S. 68. dargethan. (S. §. 95. S. 75. ff.) Eben so

3) Platner, quaest. hist. de cimin. iure antiquiss. rom. Marb., 1836. p. 22—41., der mit Roßhirt das Dasein der Privatrache bei den Römern läugnet. Mittermaier, zu Feuerbach, 13. Aufl. §. 5. a. S. 8. ff. S. noch Gellius, Noct. Atticae, VI, 14. — Seneca, de clementia I. 22. II, 7. d. ira, I. 5. 14—16.

1) Ueb. d. System der Wehrgelder, Wette, Gewedde, Sachsenfp. I. Art. 2. 53. III. Art. 32. II. Art. 13. I. 38. §. 1. Art. 65. Mittermaier, zu Feuerbach, 13. Aufl., 1840. §. 5. c. S. 12. ff.

1) l. 8. d. iud. 3, 1. „Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.“ l. 10. de R. J. 50, 17: „In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda sit.“ l. 4. §. 1. d. eo, quod certo loco. 13, 4. l. 31. pr. depositi. 16, 3. l. 2. §. 5. d. aq. et aq. pluv. arc. 39, 3. S. vorz. Schilling, Lb. f. Instit. u. Gesch. d. Röm. Priv. R., Leipzig, 1837. II. §. 5. 6. S. 21. §. 10. Zus. S. 37.

Digitized by Google

ſpricht das Römiſche Recht den Grundſatz: „nulla poena sine crimine“, ſo wie als einzigen thatſächlichen Grund der Strafe (§. 142. 38. 40. 87. 90. 92. 94.) das Verbrechen aus.[2]) Daneben aber kommen in Betracht: 1) Warnung oder Abſchreckung durch die Furcht bevorſtehender Strafe;[3]) 2) Reue und Einſicht (mithin pſychologiſche Abſchreckung) des Verbrechers in die Strafdrohung und Vorſicht;[4]) 3) Abſchreckung und Prävention durch die Vollſtreckung der Strafe;[5]) 4) pſychologiſcher Zwang;[6]) 5) die Beſſerung des

2) l. 131. d. V. S. 50, 16: „poena sine fraude esse non potest. Poena est noxae vindicta, fraus et ipsa noxa dicitur“ c. 22. d. poen. 9, 47. „Sancimus ibi esse poenam, ubi noxia est.“ l. 11. d. poen. 48, 19. Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit, neque enim severitatis aut clementiae gloria adfectanda est; sed perpenso iudicio, prout quaeque res expostulat, statuendum est.“ Schilling, i. a. W. §. 10. Zuſ. nr. 4. S. 38. — nov. Leon. 105.

3) l. 1. §. 1. d. iust. et iure. 1, 1. „Cuius (scil. iustitiae) merito quis nos sacerdotes apellet; iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo secernentes, licitum ab illeito discernentes, bonos non solum metu paenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes.“

4) c. 10. d. bonis proscript. 9, 49. c. 3. d. advoc. fisci. 2, 9: „Fisci advocatus poenas metuens, caveat, ne“ etc. c. 1. d. conductor. 11, 71. „ne eos inconsultae pertinaciae sero poeniteat.“ c. 1. d. deserter. 12, 46. c. 4. pro quib. caus. 7, 13. c. 10. Th. C. d. famosis libell. „Universi, qui famosis libellis inimicis suis velut venenatum quoddam telum injecerint ...., ultorem suis cervicibus gladium reformident. c. 3. Th. C. de calumniat ... „intelligant sibimet severitatem legum pro commissis facinoribus incumbere.“ c. 24. d. bonis proscr. C. Th. „Sentiat latro nefarius .., ultionem suam non posse tardari.“ c. 3, d. his, qui cum dispens. C. Th. „Paenis itaque se ultimis .... se noverint subiugandos.“ c. 1. C. Th. d. saturian. „huic severitati sciant se esse subducendas..... §. 1. „sciat, sibi cum eo facinus esse commune.... §. 2. Nec hi sane poena se exsortes futuros esse credant.“

5) l. 6. d. custod. reor. 48, 3. „ut vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur.“ l. 16. §. 10. d. poen. 48, 19, (oben §. 95.a. S. 67. not. 2. angef.) c. 20. in f. d. furt. 6, 2. „ne ex huius impunitate et in alium servum, qui facile possit corrumpi, hoc facere pertentet.“ c. 14. d. poen. 9, 47. „cum non remitti poenam facile, publice intersit; ne ad maleficia temere quisquam prosiliat. l. 31. pr. depos. 16, 3. „Nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.“ c. 1. ad l. Jul. repet. 9, 27: „ut unius poena metus possit esse multorum.“ nov. 57. cap. 5. l. 6. §. 3. d. re mil. 49, 16. c. 8. §. 1. c. 13. C. Th. d. desertor. c. 3. C. Th. ad l. Jul. d. adult. c. 8. C. Th. de malef. c. 1. C. Th. d. officio rector. prov. „Cessent iam nunc rapaces offici alium manus, cessent in quam: „nam si moniti non cessaverint, gladiis praecidentur.“

6) § 8. d. 6., quae ex del. 4, 1. „ne ex impunitate tale facinus a quibusdam perpetretur.“ c. un. d. raptu virg. 9, 13. „ne igitur sine vindicta talis crescat insania. l. 38. §. 5. d. poen. 48, 19: „et si dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est.“ l. 3. §. 2. ad l. Corn. d. sicar. 48, 8. (ſ. unten die Lehre von der Fahrläſſigkeit) — nov. 30. cap. 1. „ita acerbe punito, ut paucorum hominum supplicio om-

Digitized by Google

Verbrechers,[7]) und insbesondere Züchtigung jugendlicher Verbrecher und Sclaven (fustium admonitio, flagellarum castigatio etc.)[8]) als Folge, nicht als Grund oder Hauptzweck der Strafe. Hierfür und dafür, daß im Römischen Rechte Recht und Gerechtigkeit der Strafe deren Grund gewesen sei, sprechen insbesondere auch die gerechten Gründe der Ausmessung der Strafe (§. 95. a. S. 96.) und die Unterschiede zwischen „pro modo admissi", „pro conditione et pro admissi mensura", „pro qualitate, pro modo delicti, prout deliquerint, prout admiserint, pro ratione delictorum, prout quaeque res expostulat".[9])

§. 200.

7) nach den Römischen Philosophen.

In den Schriften der Römischen Philosophen finden sich eigentliche Untersuchungen über den Rechtsgrund der Strafe nicht, wohl aber gelegentliche Aeußerungen über den Zweck derselben. So sagt Seneca de ira I, 16: „nam, ut Plato (s. §. 196. not. 10.) ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur, revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur. (§. 69. S. 55. §. 76. S. 61. §. 88. f. S. 70. f.) II. 31.: „ergo nec homini nocebimus, quia peccavit, sed ne peccet; nec unquam ad praeteritum, sed ad futurum poena refertur."[1]) (§. 102. S. 89.) Livius, I. 28.: „at tu tuo supplicio doce humanum genus ea sancta credere, quae a te vio-

nes reliquos continue castiges, ... neque enim inhumanitas, sed potius summa quaedam humanitas est, cum multi paucorum animadversione salvantur." l. 28. §. 15. d. poen. 48, 19: „ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus."

7) l. 1. §. 1. d. iust. et iure. 1, 1. (oben, not. 3. angef.) nov. 12. cap. 1. „discat caste vivere." l. 20. d. poen. 48, 19: „poena constituitur in emendationem hominum." S. oben §. 80. S. 61.

8) l. 9. §. 3. d. off. procons. 1, 16: „comminari etiam et terrere filium a patre oblatum, qui non, ut oportet conversari dicatur (sc. proconsul.) Poterit de plano similiter et libertum non obsequentem emendare aut verbis aut fustium castigatione." l. 3. §. 1. d. off. praef. vig. 1, 15. l. 13. §. 6. d. iureiur. 12, 2. nov. Leon. 105. „Laudabilis res est legitima castigatio et poena, quod imposita emendet, et ad mala propensos, ne in illa proruant, vel invitos restringat." c. un. C. Th. d. emendat. propinq.

9) l. 11. 37. d. poen. 48, 19. (oben, not. 2. angef.) nov. Leon. 105. l. 10. d. extraord. crim. 47, 11. l. 3. §. 2. d. term. moto. 47, 21. „Poena plectendi sunt pro persona et conditione et factorum violentia." S. überh. Abegg, die verschied. Strafr.theor. 1835. §. 25. 26. S. 78. ff. Wächter, Lb. §. 29. not. 77. S. 52. ff. Welcker, d. letzten Gründe von Recht, Staat u. Strafe, Gießen, 1813. S. 487. f. S. 553—559.

1) S. noch I, 5. in f. l. 16. de elem. l. 22. Cic. Phil. II., 9. de legg. 1, 14.

Digitized by Google

lata sunt." (ſ. §. 191. not. 4. 5.) Gellius, Lib. 11. cap. 14. ſagt über Grund, Zweck, Umfang (§. 251.) und Bedingung (§. 40. 90. 94.) der Strafe Folgendes: „Puniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est. Una est, quae *νουθεσία*, vel *κόλασις*, vel *παραίνεσις* dicitur, cum poena adhibetur castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito deliquit, attentior fiat, correctiorque. Altera est, quam ii, qui vocabula ista curiosius diviserunt, *τιμωρίαν* appellant. Ea causa animadvertendi est, cum dignitas auctoritasque ejus, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contemtum ejus pariat et honorem levet; idcircoque id ei vocabulum a conservatione honoris factum putant. Tertia ratio vindicandi est, quae *παράδειγμα* a Graecis nominatur, cum punitio propter exemplum (est) necessaria, ut ceteri a similibus peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur. Idcirco veteres quoque nostri exempla pro maximis gravissimisque poenis dicebant. Quando igitur aut spes magna est, ut is, qui peccavit, citra poenam ipse sese ultro corrigat; aut spes contra nulla est, emendari eum posse, et corrigi; aut jacturam dignitatis ejus, in quem peccatum est, metui non necesse est; aut non id peccatum est, cujus exemplo necessario metu succurrendum sit: tum quidquid ita delictum est, non sane dignum esse imponendae poenae studium visum est. Has tres ulciscendi rationes et philosophi alii plurifariam, et noster Taurus in primo commentariorum, quos in Gorgiam Platonis composuit, scriptas reliquit. Plato autem ipse verbis apertis duas solas esse puniendi causas dicit: unam, quam primo in loco propter corrigendum, alteram, quam in tertio propter exempli metum posuimus. Verba sunt haec Platonis in Gorgia: *προσήκει δὲ παντὶ τῷ ἐν τιμωρίᾳ ὄντι ὑπ' ἄλλου ὀρθῶς τιμωρουμένῳ ἢ βελτίονι γίνεσθαι, καὶ ὀνίνασθαι, ἢ παράδειγμά τι τοῖς ἄλλοις γινέσθαι, ἵνα ἄλλοι ὁρῶντες πάσχοντα ἃ ἂν πάσχοι, φοβούμενοι βελτίους γίνωνται.* Cicero ſagt über das Strafmaaß und die Wiedervergeltung[2]) de legg. III. 20: „noxiae poena par esto, ut in suo

2) Als Wiedervergeltung erſcheint auch das Viertheilen als Strafe der Verrätherei oder des Hanges nach verſchiedenen Seiten hin, z. B. Viertheilen des Albaner Dictator Mettus Fuffetius unter Tullus Hoſtilius (Liv. I. 28.) S. auch P. G. O. Art. 124. Eine rohe Wiedervergeltung iſt auch der Feuertod der Brandſtifter. l. 28. §. 12. d. poen. 48, 19: „Incendiarii plerumque vivi exuruntur." So ſagt Bracton d. legg. angl. III., 28. „corruptor

Digitized by Google

vitio quisque plectatur, vis capite, avaritia multa. honoris cupiditas ignominia sanciatur."

§. 201.

β) Nach canonischem Rechte.

ist das Verbrechen mehr Sünde und durch kirchliche Strafen zu sühnen und zu büßen durch Reue, Anerkennung der Schuld vor Gott [1] u. s. w. Die Strafe ist daher nicht sowohl ein sinnliches Uebel als eine Wohlthat zu äußerer und innerer Besserung, jedoch stets auch nur Folge der Schuld und des rechtswidrigen Willens, aber mit steter vorzugsweiser Berücksichtigung des Sittlichen und Religiösen. Besonders kommen im canonischen Rechte in Betracht: die Abbüßung, [2] gerechte Genugthuung [3] gegen Gott, Besserung [4] und Abschreckung. [5]

§. 202.

γ) nach germanischem Strafrechte.

In den ältesten Zeiten Deutschlands ist natürlich von einem Grunde und Grundsatze des Strafrechts keine Rede bis zur Aufnahme des römischen und canonischen Rechts. Besonders wird jedoch das Strafrecht als Pflicht der Könige und Fürsten hervorgehoben. [1] Erst die P. G. O. spricht sich über den Grund der Strafe aus, z. B. in Art. 1.: „zur fürderung der gerechtigkeit". Art. 204.: „die straff nach gelegenheyt und ärgernuss der übelthatt, auß lib der gerechtigkeyt, und umb gemeynes nutz willen". Art. 180.: „zu merer Forcht andrer". Art. 137.: „umb gröβre forcht willen die straff meren". (s. l. 16. §. 10. d. poen. 48, 19. oben §. 95. a. S. 76. not. 2. angef.) Art. 142.

---

puniatur in eo, in quo deliquit; oculos igitur amittat, propter aspectum decoris, quo virginem concupivit, amittat et testiculos, qui calorem stupri induxerunt." Aehnlich Horaz: „caudamque solacom demeterent ferro." Ueber das ius talionis der XII. tab. s. Abegg, Commentatio d. antiquiss. rom. iure criminali. §. 42.

---

1) tractat. d. poenitentia Caus. XXXIII. qu. 3. Decretalen Gregor's IX. Lib. II. u. V. Conc. Trid. Sess. XIV. u. besonders cap. II.

2) Causa XXIII. qu. 3. dist. I. d. poenit. can. 31. 32.

3) ebd. can. 63. 64. 66. 84. Caus. XXVI. qu. VII. c. 5. 6. 7. de consecratione Dist. III. c. 17. §. I.

4) Concil. Trid. Sess. XIV. cap. IV. c. 2. Caus. XXI. qu. II. i. f.

5) Dist. IV. can. 1. C. 33. in f. Caus. XXIII. qu. 4. cap. 1. X. d. maledic. 5, 26. cap. 1. X. d. excess. prael. 5, 31. cap. 35. X. d. sent. excomm. 5, 39. — S. überh. Abegg, d. versch. Strafrechtsth. §. 28. 29. S. 166. ff.

---

1) Caus. XXIII. qu. 5. c. 23. 29. 39. Jarcke, Hdb. I. §. 5. not. 2.

Digitized by Google

a. E.: „daß fürther die straff an Leib, Leben oder aber zu Buß und Besserung erkannt werde". Art. 158.: „Besserung zu verhoffen". Besonders wichtig für das Princip der P. G. O. sind die von ihr angegebenen Gründe der Ausmessung der Strafe (§. 95. a.) in Art. 109. 110. 112. 113. 115. 123. 124. 127. 130. 132. 134. 136. 159. 160. 162. 167. 168. 169. 180. 214. — Die Wiedervergeltung kommt vor in P. G. O. Art. 107. 108. 110. u. 180.

§. 203.

10) nach älterm sächs. Rechte.

Auch im ältesten sächs. Rechte war die Strafe bloße Privatrache; später das Verbrechen Laster und noch unter Moritz und Hertzog August (1550) erlaubt, statt aller Strafe Privatgenugthuung an Gelde zu nehmen.[1]) Dieß wurde zuerst von August, L. durch die Erl. d. L. G. v. 1555. beschränkt. Von dieser Zeit an bis zum Ende des 18. Jahrh. ist es eine moralische und religiöse, von Gott den Fürsten und Obrigkeiten übertragne Pflicht, dem Laster oder Verbrechen oder der Sünde zu wehren und es zu bestrafen. Etwaige Nachsicht hierin gegen den Verbrecher wecke Gottes Zorn.[1]) Rechtlicher Grund und Zweck der Strafe waren früher eines, nämlich die nothwendige gesetzliche Rache oder sittliche Vergeltung des Bösen, später aber Erhaltung der Rechtssicherheit und Ruhe,[2]) besonders auch Abschreckung.[3])

§. 204.

11) nach dem sächs. C. G. B. v. 30. März 1838.[1]) A. im Allgemeinen.

Bei demselben ist nach den Motiven (S. 83.) sowohl als den Erklärungen beider Kammern und ihrer Deputationen kein bestimmtes Strafprincip ausschließlich zum Anhalt genommen worden, indem nach den Motiven „weder die Wiedervergeltungs- noch die

1) Ausschr. v. 12. Novbr. 1550. L. Octbr. 1555. (C. A. I. 28. 47.) Torg. Ausschr. v. 1583. (ebd. 139.) dec. 75. v. 1661.: „dem Allerhöchsten zu Ehren, gemeinen Wesen zum Besten und denen Bösen zum Schrecken."

2) Bescheid d. Dicast. ad. §. 3—7. der Instr. v. 1770. (2. F. L. 470.) Mand. wid. Tumult u. Aufr. v. 18. Jan. 1791. im Eing. (ebd. 990.)

3) „Anderm zum Abscheu — zum Schrecken." Pol. O. v. 22. Juni, 1661. Tit. III. §. 4. dec. 75. v. 1661. (C. A. I. 1566. 332.) Gen. v. 30. Apr. 1783. §. 16. (2. F. L. 454.) „zum abschreckenden Beispiele" Reser. das Ablesen der Pönalges. von den Kanzeln betr. v. 17. Juli 1798. im Eing. (ebd. 525.)

1) L. A. I. Abth. I. Bd. S. 83. Beil. z. II. Abth. I. Slg. S. 7. — Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 179—184. f.

Digitized by Google

Abschreckungs- noch die Besserungs-Theorie (! welche Eintheilung!!) in praktischer Anwendung für sich allein eine rationelle (!!) Grundlage der Criminalgesetzgebung darbieten und diese daher aus jeder der benannten (? blos?) das Richtige und praktisch-Anwendbare in das Leben treten lassen könne"! Die Deput. d. I. K. sagt: „Dem Gesetzgeber genüge für Begründung des Rechts auf Strafe die unabweisbare Ueberzeugung, daß dieses Recht ein Postulat jeder geordneten bürgerlichen Gesellschaft sei, welche offenbar nicht bestehen könne, wenn der gesetzwidrigen Handlung nicht das Strafübel folge"! (Absolute Theorie, §. 193.) Hiergegen wurde mit Recht und überzeugend bei der Berathung dargethan, daß ein jeder Gesetzgeber bei einem jeden Gesetzbuche ein bestimmtes Princip —, wenn auch unwillkührlich —, befolge[2]) und befolgen müsse, (s. unten §. 208.) Hierauf erklärte die Regierung: „Sie könne nicht in Abrede stellen, daß sie im Hauptwerke das Princip der Gerechtigkeit vor Augen gehabt habe, das System, was darauf beruhe, durch Strafe das Recht wieder herzustellen, (s. §. 38. 39. 87—89. 92—95. 98. ff. §. 143. 144. 147. 180. 191.), was durch das Verbrechen gestört war, wohl zu unterscheiden von der strengen Wiedervergeltung. Allerdings aber würde ein Princip weder für alle Fälle, die man ermessen müsse, ausreichen, noch die gleichzeitige Verfolgung andrer Zwecke ausschließen, ohne daß man deßhalb zu Inconsequenzen zu gelangen brauche. So werde man z. B. die Bestrafung der Duelle schwerlich auf jenes System stützen können, weil das Uebel mit Wissen und Willen des Gegners zugefügt werde. So werde die Berücksichtigung der Reue als Milderungsgrund nicht aus jenem Princip zu folgern sein."

§. 205.

B. Grundsatz für die Strafwürdigkeit.

Aus diesen, freilich sehr fragmentarischen, vielfach anzufechtenden Erklärungen folgt 1) als Grundsatz für die Strafwürdigkeit der Handlungen, daß strafwürdig nur diejenigen, aber auch alle diejenigen sind, welche die Rechte der Staatsgewalt, mithin insbesondere die Rechtsordnung stören, mithin in der Regel Rechtsverletzungen, (§. 165. 166. 167.), außerdem aber auch Unsittlichkeiten. (§. 166. §. 48. 49. ff. S. 35. f. und §. 151.) Hierüber sagte die Deput. der I. K.: „Die strafbaren Handlungen

2) Mittermaier, im Arch. d. C. R. N. Folge, 1836. S. 405. 1837. S. 156. Dagegen! Vogel, Krit. Bemerk. zu dem Entw. S. 104.

Digitized by Google

theilen sich im Allgemeinen in solche, welche das natürliche Rechtsgesetz (§. 150.) und in solche, welche positive Staatsgesetze verletzen. Es bleiben für das C. G. B. übrig 1) solche Handlungen, welche, obgleich (?) keine Rechtsverletzung enthaltend, ihrer innern Verwerflichkeit wegen mit Strafe belegt sind, (unerlaubte Selbsthülfe (?), der Wucher, die fleischlichen Vergehungen, die Gotteslästerung, die öffentliche Herabsetzung der Regierung, die Selbstverstümmelung) 2) gewisse Handlungen, die, *weil sie leicht zu Verbrechen führen*, (??), mit Strafe bedroht sind, z. B. ordnungswidrige Verbindungen, das Führen von Schießgewehr auf fremdem Jagdrevier". [1])

§. 206.

C. Grundsatz für das Strafmaaß.

Es ergiebt sich aus Art. 42. C.) als Princip für das rechtliche Strafmaaß die *Größe des gesetzwidrigen Willens*, wie er sich durch die Handlung offenbart und objectivirt. (§. 85. 86. S. 68. §. 95. S. 73.) Die Deputation der I. K. bemerkte hierüber: „Als Basis der Beurtheilung in Bezug auf die größere oder geringere Strafbarkeit der gesetzwidrigen Handlung sei jedenfalls einerseits die objective Gefährlichkeit der Handlung für die öffentliche Sicherheit, andrerseits die subjective Gefährlichkeit (???) des Willens, die sich durch die That ausspreche, zu betrachten." — „Der Staat muß darauf Bedacht nehmen, daß nicht nur die Verbrechen gehindert, (Prävention, Abschreckung?), sondern auch ihr Erfolg möglichst unschädlich gemacht werde. Nun könne es aber kein wirksameres Mittel geben (extrem relative Theorie!), die Verbrecher zur Vorsicht aufzufodern (psychologischer Zwang, Warnung) und den Uebergang vom kleinerem zum größern Verbrechen zu hindern, als wenn von dem größern oder geringern Erfolge die Bestrafung abhängig gemacht werde." [1]) Ein in der II. K. beantragter Zusatz, die Strafe nicht nur nach der Gesetzwidrigkeit des Willens, sondern auch nach „der Gemeingefährlichkeit des Verbrechers", auszumessen, wurde ausdrücklich — und mit Recht — verworfen. [2]) Richtiger bemerkte [3]) die Deputation der I. K. noch: „*Gerecht* müsse die Strafe sein, indem sie einerseits nur den Schuldigen treffe, (§. 80. S. 93.), andrerseits dem Verbrechen dergestalt angemessen sei, daß das Mittel (?) nicht außer Verhältniß mit dem Zwecke (?) komme."

1) Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 178. 184. f. 249.
2) Mitth. v. Landt. 1836/37. S. 2090. 2093.
3) Mitth. S. 179.

Digitized by Google

§. 207.

D. Grundsatz für die rechtlich möglichen Strafarten.

Was endlich 3) das Princip für die rechtlich möglichen Strafarten, das Strafsystem betrifft, so beruht das S. C. G. B. ebenfalls auf keiner bestimmten Theorie. Die Deputation der I. K. sagt: „Zweckmäßig sei die Strafe, indem sie nicht nur geeignet sei zur Aufrechthaltung der bürgerlichen Ordnung, sondern auch keine andern nachtheiligen Wirkungen mit sich führe und, soweit es der Strafzweck gestattet, der sittlichen Besserung des Verbrechers nicht entgegenwirke. Die Strafe müsse aber auch human sein, indem sie nichts an sich das menschliche Gefühl Empörende und Verwerfliche enthalte, wie z. B. die verstümmelnden Strafen der Vorzeit". (s. §. 102—140.) Auch die Regierung sagte: „daß ein bestimmtes Princip die gleichzeitige Verfolgung andrer Zwecke nicht ausschließe." (§. 206. not. 1—3.)

§. 208.

E. Grundsatz für den Grund und Zweck der Strafe.

Nach den Motiven (§. 204.) kann dem C. G. B. nur eine von den drei Theorien der Wiedervergeltung, Abschreckung oder Besserung oder nur diese drei zusammen zu Grunde liegen. Prüft man das C. G. B. selbst, so ist wohl nicht zu bezweifeln, daß dasselbe mehr auf den sog. Nutzens- und relativen Theorien, besonders auf der Feuerbach'schen Abschreckungstheorie beruhe. Vergl. z. B. Art. 26. und 83.: „Gefährlichkeit der Verbrecher"; ferner Art. 58. 67. 88. 96. 111. 117. 175. 181. 283. 288. u. s. w., besonders aber die Berathungen hierüber. Hiefür spricht besonders die durchgängige Strafe des Rückfalls, Art 58. und Art. 22., besonders wie er im Entwurfe lautete. „Die Verwandlung der Gefängnißstrafe in körperliche Züchtigung kann stattfinden bei männlichen Verbrechern und bei denen jene nicht geeignet sein würde, sie von fernern Verbrechen abzuschrecken". Dagegen ist die Strafbarkeit des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln (Art. 26.) ein Ausfluß der Präventionstheorie. [1])

§. 209.

Nothwendigkeit einer bestimmten Strafrechtstheorie in einem Strafgesetzbuche.

Einer jeden Wissenschaft und einem jeden Gesetze muß ein bestimmter Grund und Grundsatz, einem jeden Strafgesetzbuche eine

1) Mittermaier, im Arch. d. C. R. Neue Folge, 1836. S. 409. — Gegen den Vorwurf (!!), daß das S. C. G. B. nach einer oder der andern

Digitized by Google

bestimmte Strafrechtstheorie zu Grunde liegen. Außerdem verfällt dasselbe in den Fehler des Eklekticismus, Synkretismus und Dogmatismus. Diesen — wie die bisherigen absoluten Theorien charakterisirt die Willkühr und der Despotismus. Der gesetzgeberische Eklecticismus geht von gar keinen Grundsätzen aus, rafft und mengt aus allen noch so verschiedenen Theorien Allerlei zusammen, was grade das Wahrscheinlichste dünkt und beruft sich dabei schlechtweg auf den gesunden praktischen Menschenverstand, weil es an andern Gründen fehlt. Allein dieser fühlt nur das Wahre, ohne sich durch Gründe darüber rechtfertigen zu können. Derselbe ist verworren, nicht deutlich. Seine Aussprüche sind Rechtssprüche, willkührliche Annahmen, petitiones principii, dunkle Gefühle, ohne Grundsätze, und ohne Consequenz. Der Eklecticismus eines Gesetzbuchs ist daher gar kein Princip, sondern eine Unmethode. Er schafft als Gesetz nur ein Aggregat heterogener Meinungen, welche das lose Band der Willkühr und des Zufalls zusammenhält, kein System. Er ist ein seichter Synkretismus, der die verschiedenartigsten Straf-Systeme in einander mischt, um eine Ausgleichung oder Vereinigung unter ihnen hervorzubringen. Durch den Eklecticismus werden alle Strafrechtstheorien in ein Chaos confusum zusammengemischt. Hieraus geht die wissenschaftliche Nothwendigkeit hervor, ein Strafgesetzbuch auf eine bestimmte Strafrechtstheorie zu gründen. [1]) Dieß hat auch den unersetzbaren Nutzen, die Entscheidung der meisten, wenn nicht aller — bei der Anwendung eines Strafgesetzbuchs sich nothwendig ergebenden — streitigen und zweifelhaften Rechtsfragen in Gemäßheit der die Grundlage des ganzen Gesetzbuchs wie aller seiner einzelnen Theile und Artikel bildenden und bis in's kleinste Detail einflußreichen Strafrechtstheorie zu erleichtern. Oder vielmehr diese enthält sofort alle Entscheidungen jener zweifelhaften Rechtsfragen und schneidet diese im voraus ab. Sie giebt den Rechtsgelehrten und Praktikern stets einen sichern Anhaltepunkt und einen leitenden Maaßstab bei der Erklärung vieldeutiger Stellen. So entsteht die

Stelle einer bestimmten Theorie huldige, wird dasselbe vergebens vertheidigt in: „Einigen Worten z. Begrüß. des Entw." 1836. S. 49.

1) Mittermaier, N. Arch. d. Crim. R. XI. S. 542. ff. Neue Folge, 1836. S. 403. 1837. S. 156. 1838. S. 274. Weber in Pölitz, Jahrb., 1837. S. 311. Dagegen Hepp, Krit. Darst. d. Strafrechtsth., 1829. S. 127. ff. Henrici, i. a. W. S. 21. Marezoll, Lb. d. d. g. Crim. R. 1840. §. 3. S. 6. f. — Ueberh. Mittermaier, zu Feuerbach, 13. Aufl., 1840. §. 20. b. S. 44.

Digitized by Google

ſo wohlthätige Rechtsvermuthung, daß alle Worte und Sätze in Gemäßheit der beſtimmten Strafrechtstheorie zu erklären ſeien. Ohne eine ſolche einem Strafgeſetzbuche zu Grunde gelegt zu haben, gehen dieſem unermeßliche Vortheile der Auslegung und Anwendung ab. Eine ſolche beſtimmte Strafrechtstheorie allein iſt jener, ein Strafgeſetzbuch belebende, erleuchtende „Geiſt", nach welchem die ſächſiſche Staatsregierung, nach einem ſehr richtigen Gefühle, freilich ohne eine beſtimmte Strafrechtstheorie dem ſächſ. C. G. B. zu Grunde gelegt und angegeben zu haben, die Anwendung deſſelben geleitet wiſſen wollte. Ohne eine ſolche Strafrechtstheorie aber war jener „Geiſt" ein inhaltleeres Gedankending, nichts Reales.

§. 210.

Einfluß einer Strafrechtstheorie auf ein poſitives Strafrecht.

Eine beſtimmte Strafrechtstheorie äußert natürlich auf das vernünftige und natürliche Strafrecht und bei der Geſetzgebung, d. h. bei der Gründung eines neuen (poſitiven) Strafrechts conſequent durchgeführt nicht nur im Allgemeinen, ſondern auch im Beſondern, bei den ſpeciellſten Fragen und Artikeln, beſonders des ſog. allgemeinen Theils, einen überwiegenden Einfluß, mithin auch inſofern auf die wiſſenſchaftliche Darſtellung, auf den Inhalt eines Handbuchs eines ſolchen poſitiven Strafrechts, dem und wenn ihm eine ſolche beſtimmte Strafrechtstheorie vom Geſetzgeber erweislich zu Grunde gelegt worden iſt. Iſt dieß aber, wie bei dem römiſchen und teutſchen[1]) Strafrechte, ſo wie bei faſt allen neuern Strafgeſetzbüchern nicht der Fall, ſo darf auch keine der verſchiedenen Strafrechtstheorien auf die Darſtellung des gemeinen teutſchen und irgend eines ſolchen poſitiven Strafrechts irgend einen, noch viel weniger einen ausſchließlichen, Einfluß haben; zumal da dieß nur allemal die ſubjective Strafrechtstheorie des Darſtellers ſein würde und da heutigen Tages noch keine ſich des einſtimmigen oder wenigſtens des faſt einſtimmigen Beifalls der Gelehrten zu erfreuen hat. Vielmehr muß die Auslegung und müſſen die Entſcheidungen aller zweifelhaften Strafrechtsfragen, ohne alle Rückſicht auf eine geſetzlich nicht beſtätigte Strafrechtstheorie, blos nach den aus dem poſitiven Strafrechte ſich ergebenden, alſo poſitivrecht-

1) Abegg, die verſchiedenen Strafrechtsth.. Neuſtadt, 1835. S. 77—97. Wächter, Lb. d. Röm. T. Straf. R. §. 29. S. 55. ff.

Digitized by Google

lichen Grundſätzen erfolgen. Gegen dieſen Grundſatz verſtoßen faſt alle Verfaſſer von Lehrbüchern des gemeinen teutſchen Strafrechts, ſogar Wächter[2]) und Mittermaier.[4])

2) Lb. d. Röm. Teutſch. Straf. R. §. 33. not. 80. §. 42. not. 95. S. 74. §. 67. not. 27. S. 111. §. 73. not. 43. S. 119. §. 76. not. 49. S. 124. §. 92. not. 90. S. 157. §. 105. not. 44. 45. S. 188. ff.

3) zu Feuerbach's Lb., 13. Aufl. 1840. §. 2. not. II. nr. 4. S. 4. oben, §. 84. not. S. 138. u. ſ. w., beſonders aber Vorrede §. XII. Ausg. S. IV. nr. 1.